

CULTURA E DIRITTI

1
2017

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista quadrimestrale • anno VI • numero 1 • gennaio-aprile 2017

P  S A
UNIVERSITY
PRESS

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Condirettori	Andrea Mascherin e Salvatore Sica
Direttore responsabile	Salvatore Sica
Comitato scientifico	Fabio Addis, Gabriella Elvira Autorino, Francesco Cardarelli, Paolo Carbone, Renato Clarizia, Rosanna De Nictolis, Gianluca Maria Esposito, Andrea Federico, Marzia Ferraioli, Giuseppe Franco Ferrari, Alberto Gambino, Luigi Kalb, Marcello Maggiolo, Daniele Marrama, Emanuela Navarretta, Paolo Pisa, Maria Alessandra Sandulli, Mario Sanino, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Vincenzo Zeno Zencovich, Attilio Zimatore
Comitato dei revisori	Piero Guido Alpa, Stathis Banakas, Adolfo Di Majo, Bénédicte Fauvareu-Cosson, Alfonso Moreno Hernandez, Jay P. Kesan, Fiona Macmillan, Salvatore Mazzamuto, Sergio Perongini, Pietro Rescigno, Salvatore Sica, Francesca Sorbi, Giorgio Spangher, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzone
Coordinamento editoriale	Giuseppe Spoto

Numero chiuso in redazione il 18 luglio 2017

Hanno collaborato a questo numero: Carla Bartolucci, Elena Bettarello, Martina Di Pietro, Andrea Mascherin, Antonella Massaro, Piervincenzo Pacileo, Giuseppe Spoto, Raffaella Veniero

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press

(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per la eventuale pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli autori devono allegare un breve *abstract* in inglese al contributo inviato alla redazione

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Criteri redazionali" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it) e in calce al presente volume

ISSN 2280-6334

ISBN

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

Indice

- 7 Editoriale
Andrea Mascherin

Orientamenti

- 13 La dignità del nascere e il divieto di maternità surrogata
Giuseppe Spoto
- 35 La tutela penale dei beni culturali nella prospettiva del principio di necessaria offensività
Antonella Massaro

Formazione forense

- 45 L'accesso alla professione di avvocato: il tirocinio e gli esami
Raffaella Veniero
- 55 Metodo casistico e teoria degli opposti. Origini e attualità della didattica forense
Elena Bettarello

Diritto europeo e comparato

- 77 *On line dispute resolution*: la “piattaforma Ue” come nuovo modello di *internet jurisdiction*
Piervincenzo Pacileo

Professioni, cultura e società

- 111 La tutela del consumatore e gli obblighi di informazione nel diritto alimentare
Martina Di Pietro

Biblioteca

- 137 Recensione a *Diritto dei consumatori*, di Andrea Barenghi
Carla Bartolucci

Editoriale

Andrea Mascherin¹

*Signor Presidente della Repubblica,
Signor Primo Presidente, Signor Procuratore Generale,
Signor Ministro Guardasigilli
Autorità, care Colleghe e cari Colleghi, Magistrati Tutti,*

il Consiglio Nazionale Forense ritiene che i diversi sentieri che portano ad un sistema di giustizia responsabile ed equo si siano finalmente incrociati.

Per molto tempo vi è stato, e certamente ancora vi è, chi ha pensato, e pensa, di poter tracciare da solo la strada di un modello di società, di forme di economia, di selezione dei diritti da tutelare, o da sacrificare.

È una tentazione in cui è caduta la politica, spesso troppo impegnata nella ricerca del consenso facile per poter percepire il Paese reale; vi è caduta la magistratura, assumendo in alcune occasioni posizioni autoreferenziali ed acritiche sui confini della propria funzione e vi è caduta l'avvocatura, ingessando a lungo la propria professione su modelli stereotipati e non attuali.

Ognuno di questi tre soggetti ha tracciato una propria strada, individuando e ritagliandosi una propria meta, senza riconoscere negli altri i necessari compagni di viaggio.

In questo cammino, fatto di sospetti, di presunzione e di pregiudizi, si è finito con lo smarrire quello strumento fondamentale di crescita intellettuale e democratica che è l'esercizio del dubbio, il dubbio che forse anche l'altro possa avere la sua parte di ragione, il dubbio che forse nessuno può essere detentore della verità, né può ergersi a censore, il dubbio che forse il sistema dei diritti fondamentali e la tutela dei soggetti deboli debba essere la meta di un sentiero comune agli attori del mondo della giustizia.

Il Consiglio Nazionale Forense ha la netta percezione che le cose stiano cambiando, che i protagonisti necessari alla tutela dei diritti si siano resi conto di dover procedere assieme per un unico sentiero, un sentiero faticoso, un cammino in salita, stretto tra gli interessi di una finanza creativa globale, di un mercato senza regole, di un efficientismo economico spietato, di un linguaggio populista, di una ricerca del consenso che si nutre di paure, di rifiuto delle diversità, di delegittimazione.

¹ L'Editoriale del presente fascicolo ospita l'estratto dell'intervento del Presidente del Consiglio Nazionale Forense alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario presso la Corte di Cassazione (26 gennaio 2017).

E così la giustizia penale rischia di ridursi a giustizialismo mediatico, il processo civile ad un lusso per pochi, le garanzie a fastidiosi ostacoli alla decisione celere, non importa se giusta o meno.

E però le cose stanno cambiando, l'avvocatura istituzionale in questi ultimi periodi ha trovato un ascolto sereno da parte della politica, in tale direzione dobbiamo rimarcare l'impegno del ministro della giustizia per l'attuazione definitiva della legge professionale, per la centralità data al tema del carcere, per il disegno di legge sull'equo compenso che ridà dignità anche economica all'alta funzione del difensore, così come il tavolo costituito sul tema del sostegno alle colleghe e alle altre operatrici del diritto in maternità, e ancora il dovuto riconoscimento del ruolo degli avvocati nei consigli giudiziari, la centralità data alla giurisdizione forense con la negoziazione assistita, strumento deflattivo che pone al centro la professionalità e l'affidabilità dell'avvocato, ovvero l'avvocatura come risorsa su cui investire, piuttosto che come problema da eliminare con forme di decimazione economica.

Ovviamente, non sviluppo qui le osservazioni di natura tecnica ad altri provvedimenti normativi in itinere; richiamo solo l'attenzione sulla necessità che il processo civile rimanga processo di parte, senza essere sacrificato a percorsi eccessivamente sommari e che il processo penale, nella necessaria sintesi tra le diverse istanze, resti luogo di accertamento della responsabilità dell'imputato, nel rispetto dei gradi di giudizio e della necessaria dialettica, a garanzia di un procedimento che deve essere prima di tutto giusto.

Serrato è anche il dialogo in corso con la Suprema Corte e con il Consiglio Superiore della Magistratura, con i quali sono stati stipulati protocolli operativi, concreti, fondati sul riconoscimento dei rispettivi ruoli, sull'incontro di aspettative ed anche di rinunce; insomma, sul progetto di una collaborazione di qualità, responsabile, non sindacalizzata, non autoreferenziale.

L'avvocatura è determinata nella volontà di percorrere il sentiero dei diritti assieme alla politica e alla magistratura, forte di un sistema ordinistico consapevole del proprio ruolo sociale che, pur con le inevitabili imperfezioni, si rivela sempre più un riferimento non rinunciabile per i cittadini e fonte generosa di interventi diretti a supplire alle carenze dello Stato.

Così come bisogna guardare con riconoscenza allo sforzo che stanno compiendo i consigli di disciplina per garantire la qualità anche deontologica della professione.

Del resto, deve essere a tutti chiaro che vi è in atto uno strisciante fenomeno di erosione dei diritti deboli in quanto anti economici, che questa erosione non può che passare attraverso un attacco alla autonomia dei suoi attori, con la perdita di sovranità da parte dello Stato, di credibilità da parte della magistratura, della indipendenza dell'avvocatura dai potentati economici.

Il pericolo è un piatto e acritico recepimento di modelli che non appartengono alla nostra cultura giuridica e alla nostra idea di Società solidale. Bisogna saper distinguere tra forme di ottimizzazione delle risorse e forme di efficienti-

smo esasperato, destinate a sacrificare i diritti delle fasce più deboli della popolazione, e perciò, ad esempio, va prestata grande attenzione all'importanza del principio di prossimità in materie sensibili come la giustizia o anche la sanità.

Gli avvocati e i magistrati italiani non hanno nulla, o assai poco, da imparare da altri modelli, di questo dobbiamo essere insieme consapevoli, dobbiamo essere uniti nella difesa della nostra straordinaria capacità di fare sintesi giuridica attraverso l'esercizio delle garanzie e della dialettica processuale.

Certo, dobbiamo sempre più guardare a soluzioni operative migliorative, in linea con i progressi tecnologici e con nuovi modelli organizzativi, senza temere le innovazioni necessarie al mutare dei tempi, e per fare ciò la politica deve fidarsi di noi, deve fidarsi degli avvocati che ogni giorno calpestano le aule dei tribunali, dei magistrati che ogni giorno fanno udienze e sentenze, e se certamente non è questa l'avvocatura o la magistratura che frequenta media e studi televisivi, è sicuramente quella che dà voce alle istanze di giustizia, quella che non si nutre di teorie e costruzioni astratte, ma che sa quali siano i problemi di tutti i giorni.

Questa avvocatura e questa magistratura possono davvero suggerire soluzioni operative alla politica, e allontanare il sospetto, che a volte pure si affaccia, che chi ha scritto quella norma non abbia piena confidenza con la pratica effettiva dei tribunali.

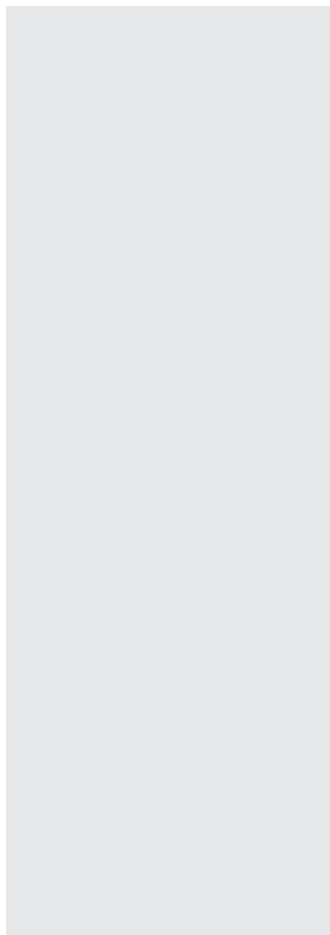
E insieme dobbiamo vegliare e rifiutare l'idea che una componente del sistema giustizia possa fare da sola, o possa pensare d'essere migliore dell'altra. Dobbiamo combattere la spettacolarizzazione e la banalizzazione del processo penale. Dobbiamo contrastare le teorie di una Società fondata sul castigo e sul sospetto.

L'ho detto all'inizio: noi avvocati vogliamo camminare, consapevoli del nostro insostituibile ruolo di custodi dei diritti, insieme ai magistrati e alla politica, percorrere lo stesso sentiero, senza temere di ascoltare i compagni di viaggio, senza aver paura di aprire la via o di abbattere gli ostacoli quando necessario.

Forse ancora non tutti, tra avvocati, magistrati e politici ci seguiranno; in questo caso ci sia consentito il dubbio che siano costoro a sbagliare sentiero.

Concludo augurando buon lavoro al primo presidente della Suprema Corte, e a noi tutti.

ORIENTAMENTI



La dignità del nascere e il divieto di maternità surrogata

Giuseppe Spoto

*I vostri figli non sono figli vostri...
sono i figli e le figlie della forza stessa della Vita.
Nascono per mezzo di voi, ma non da voi.
Dimorano con voi, tuttavia non vi appartengono.
Potete dar loro il vostro amore, ma non le vostre idee.*
(Khalil Gibran)

La dignità umana nella prospettiva ontologica

L'essenza della dottrina dei diritti umani riposa nel concetto di dignità della persona e tale richiamo è anche al centro della riflessione bioetica. Secondo Kant¹ il rispetto che ciascuno ha per gli altri o che gli altri possono esigere da ciascuno di noi coincide con il riconoscimento della dignità umana che è un valore in sé e quindi non ha prezzo, cioè non ha un equivalente, con il quale può essere scambiato.

La dignità della persona non può essere violata o sottratta a nessuno e per tale ragione non deve essere consentito punire in modo disumano neppure chi abbia commesso crimini terribili. In altre parole, né l'oppresso, né l'oppressore devono essere privati della loro umanità, perché comminare una pena "disumana" significherebbe togliere all'oppressore la sua dignità e negare ciò che invece si dovrebbe difendere, seguendo un comportamento scorretto che deve essere avversato e non certamente emulato.

La dignità umana spinge a considerare l'altro alla stregua del "proprio io" e al contempo legittima a ribellarsi tutte le volte in cui la persona possa essere usata come un mezzo e non come un fine. Questo collegamento della nozione di dignità con il dovere di rispettare l'altro alla stregua di se stessi è ben espresso nella lingua ebraica dove la parola dignità è formulata con l'espressione "*kavod atzmi*" che possiamo proprio tradurre con il significato di "onore verso se stessi".

¹ Nella *Metafisica dei costumi* Kant scriveva che l'uomo considerato come persona è al di sopra di qualunque prezzo e non può essere considerato come un mezzo per fini altrui, o anche per i propri fini, ma come un fine in se stesso, e cioè possiede una dignità (un valore interiore assoluto) mediante cui costringe tutte le altre creature ragionevoli al rispetto della sua persona e può misurarsi con ciascuna di esse e considerarsi eguale ad esse. Cfr. I. KANT, *Metafisica dei costumi*, [1797], a cura di N. MERKER, Laterza, Roma-Bari 1973, p. 333 s. Per un approfondimento del pensiero di Kant su questi specifici temi cfr. A. GUERRA, *Introduzione a Kant*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 182 ss.

Nella lingua italiana invece il discorso è più complesso: “degno” è sinonimo di adeguato ed è l’attributo di colui che merita qualcosa. Se poi consideriamo l’etimologia latina possiamo cogliere un’ulteriore sfumatura, perché “*dignus*” che in greco è espresso con la parola “*axios*” ha un significato più ampio, in quanto un assioma è ciò che è vero e che non ha bisogno di nessuna dimostrazione. L’assioma è una verità implicita ed evidente. La dignità è quindi condizione propria di ogni essere umano come tale e non ha bisogno di attestazioni o riconoscimenti esterni per essere affermata. Tuttavia, accanto a questo significato occorre rilevare che il concetto di dignità umana è stato ed è oggetto di studio pure secondo una diversa prospettiva, che considera molto importante porre l’accento su altri aspetti che prescindono dalla mera dimensione ontologica. La riflessione che predilige l’aspetto ontologico ha trovato una maggiore accoglienza in dottrina e da qui concreta realizzazione in molte decisioni giurisprudenziali che sono spesso richiamate per illustrare il significato più profondo della nozione di dignità della persona umana. Così, a titolo esemplificativo, può essere utile ricordare il celebre episodio del “lancio del nano”². Agli inizi degli anni novanta, in un paese della provincia francese, i gestori di una discoteca locale avevano deciso di inserire nello spettacolo della sera la possibilità per i clienti di lanciare un uomo affetto da nanismo, per vedere chi tra i partecipanti fosse riuscito a scagliarlo più lontano possibile.

Il sindaco del paese aveva però vietato lo spettacolo, considerando il programma della serata contrario all’ordine pubblico e al rispetto della dignità umana. Contro l’ordinanza del sindaco era stata proposta impugnazione di fronte al Tribunale amministrativo competente, perché l’uomo affetto da nanismo aveva liberamente scelto di prestarsi allo spettacolo dietro compenso. Per tale ragione il giudice amministrativo francese aveva inizialmente dato ragione alla società che gestiva lo spettacolo. Il sindaco aveva però impugnato la sentenza davanti al Consiglio di Stato che aveva invece annullato la precedente decisione. La motivazione addotta dal Consiglio di Stato è molto importante ai fini del presente discorso, perché richiama l’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo in difesa della dignità umana considerando il lancio di una persona affetta da handicap in aria come se fosse un proiettile inanimato, un comportamento inammissibile in quanto lesivo della persona umana. A ben vedere, non è possibile per nessun essere umano rinunciare liberamente alla propria dignità e per tale ragione, perfino la volontà della persona interessata deve cedere il passo e venire in secondo piano.

La dignità umana³ si pone in questo modo al di sopra della volontà indivi-

² L’episodio è ben descritto da A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari 2009, pp. 57-58.

³ Sulla nozione generale di dignità umana cfr. F. VIOLA, voce “Dignità umana” in *Enciclopedia filosofica*, vol. 3, Milano 2006, pp. 2863-2865.

duale, ma anche al di sopra degli ordinamenti giuridici e delle dottrine morali che traggono da essa stessa la loro giustificazione⁴.

La dignità umana secondo le teorie della dotazione e della prestazione

Se la comprensione del significato della nozione di dignità rimanesse però ancorata solamente a quanto detto in precedenza, il discorso sarebbe viziato da una lacuna inammissibile, perché in realtà il dibattito in materia è molto più complesso. Per facilitare i punti successivi da trattare, potremmo dire che è dato rinvenire due opposti orientamenti: esistono teorie che legano la dignità umana a determinate caratteristiche ontologiche e altre teorie che invece preferiscono porre l'accento sullo sviluppo storico dell'essere umano. Le prime teorie sono state definite "teorie della dotazione" e le seconde "teorie della prestazione". Le prime sono strettamente collegate con la c.d. "etica dei diritti", le seconde con la c.d. "etica dell'onore". Nelle prime, la dignità umana è presente ed è immanente alla persona stessa, non si acquista e non si perde, ma si possiede per il fatto di appartenere alla specie umana (per questo si parla di dotazione); per le seconde la dignità è comunque il risultato dell'agire dell'uomo, frutto del soggetto che costruisce se stesso. Queste ultime teorie collegano

⁴ Questo passaggio può essere compreso meglio, rileggendo la riflessione di F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana*, a cura di A. ARGIROFFI - P. BECCHI - D. ANSELMO, Aracne, Roma 2008, p. 102, secondo cui: «il rispetto dovuto alla dignità delle persone umane ha la caratteristica di non poter essere subordinato al rispetto per qualche altro valore. La dignità umana si pone al di sopra degli ordinamenti giuridici, dei sistemi politici, delle dottrine morali, poiché questi traggono da essa la loro giustificazione ultima. E allora, il concetto di "dignità umana" potrà e dovrà essere descritto nei suoi caratteri essenziali, ma non potrà a sua volta essere giustificato facendo ricorso a qualcosa'altro da cui derivi. Infatti, anche nella teoria teologica non si dice che l'essere umano ha dignità in quanto è creatura di Dio, ma in quanto c'è in lui una specifica presenza divina». Finanche negli studi di teologia, il rispetto dovuto all'uomo è stato connesso alla dignità stessa che è nell'essere umano non solo in quanto semplice creatura di Dio, ma perché vi è in lui una "scintilla" divina. Può essere utile per rappresentare meglio quest'ultima considerazione, associare quanto detto all'immagine di un celebre affresco della Cappella Sistina. Mi riferisco al famoso dito divino di Michelangelo in cui è realizzata una piena simmetria tra le figure di Dio e di Adamo: da un lato, il gruppo di angeli che circonda la figura di Dio forma una sagoma che richiama la sezione sagittale del cervello umano, dall'altro versante Adamo non è "creato" fisicamente, ma sembra collocato in quella posizione per ricevere qualcosa. A ben vedere, l'affresco non rappresenta la mera creazione dell'uomo come di solito è affermato, ma il suo completamento: l'uomo come immagine e somiglianza di Dio. Vi è quindi la sensazione di assistere a una scintilla tra i due opposti poli, una scintilla che schiocca tra le dita protese, ma che non si toccano, quasi a significare che la fonte della dignità dell'uomo non dipende dall'essere creatura, ma dall'essere immagine e specchio di quel dito stesso. Cfr. G. RAVASI, *Le meraviglie dei musei vaticani*, Mondadori, Milano 2014. Sul significato dell'espressione «immagine e somiglianza di Dio» si veda F. CONIGLIARO, *L'orizzonte teologico*, in L. GALLENi et al., *Animali e persone: ripensare i diritti*, San Paolo, Cinisello Balsamo 2003, p. 132.

la dignità a un'etica umana, riconoscendo comunque l'importanza del giudizio altrui. Sono importanti il rispetto per se stessi e che gli altri abbiano di ciascuno, perché la dignità non è un valore assoluto e slegato, ma un valore che è compreso come tale per mezzo degli altri.

La teoria della prestazione è stata rivalutata da Luhmann in polemica con la prospettiva ontologica, in base alle premesse secondo cui nessun essere umano nasce in modo compiuto, ma è sempre “in divenire”, proprio per la sua libertà originaria. Secondo Luhmann la dignità umana dipende dal riconoscimento sociale della persona⁵ e quindi anche dall'apprezzamento degli altri.

La Bioetica⁶ spinge a considerare nelle rielaborazioni più attuali questi concetti complementari, ricercando un punto di incontro tra queste concezioni apparentemente tanto distanti tra loro. Così, se vogliamo adempiere al compito di tener conto di entrambe le prospettive sopra ricordate dovremmo affermare che ciascun uomo ha dignità in quanto essere umano, ma deve sentire come compito morale “quello di divenire ciò che è”, perché la dignità “si ha” e “si fa”.

Il corollario più importante di questa combinazione risiede nella considerazione secondo cui l'umanità per essere veramente degna deve essere in grado di utilizzare il frutto della propria opera in modo giusto.

La dignità quindi non è data *sic et simpliciter*, ma deve essere “realizzata”. Molto credito ha riscosso la tesi di Michael Ignatieff della ricerca di un “universalismo minimalista” cioè della necessità di ricercare un insieme di principi che costituiscano il minimo comun denominatore per un discorso universalmente accettato⁷, quando sono in gioco interessi contrapposti meritevoli di tutela.

Oltre che nella *Dichiarazione universale dei diritti umani* una più chiara positivizzazione del principio di dignità umana può essere riscontrata nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*⁸, che è stata approvata dal Parlamento europeo nel 2000 e poi riconosciuta dal Trattato di Lisbona del 2007 con la stessa forza giuridica dei Trattati.

I valori a fondamento della Carta sono espressi nei titoli dei suoi capitoli e sono: la dignità, la libertà, l'eguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza e la giustizia. In questo elenco, la dignità occupa di certo una posizione di primo piano, ma rimane dubbio come sia possibile coordinare l'obbligo di rispettare e tutelare tale valore, quando sia in conflitto con altri beni. È ovvio che la prospettiva da seguire non può essere quella della gerarchia, in cui il conflitto tra valori contrastanti è risolto a favore del principio considerato prevalente, ma

⁵ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. it. di S. Magnolo, Laterza, Bari 2002.

⁶ F.D. BUSNELLI, *Giurisprudenza e bioetica*, in Id., *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino 2001.

⁷ M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003.

⁸ La Carta dei diritti fondamentali raggruppa i diritti in modo innovativo, rispetto alle tradizionali distinzioni tra diritti civili e politici, da un lato, e diritti economici e sociali, dall'altro, chiarendo espressamente le differenze tra diritti e principi.

deve essere quello del bilanciamento⁹, a seconda dell'interesse concreto da tutelare. Se da un lato quest'approccio è da preferire, è anche vero che il rispetto della dignità umana diventa la cartina tornasole di una protezione più ampia ed effettiva della persona, perché è proprio il richiamo alla dignità che può essere considerato il concetto transculturale per antonomasia¹⁰ e che è quindi destinato ad essere utilizzato in contesti diversi¹¹.

La protezione del concepito e la questione della soggettività

Per evitare che la dignità nell'accezione di concetto indeterminato possa diventare mezzo per imporre valori, piuttosto che strumento per far rispettare i diritti delle persone occorre però compiere uno sforzo contro i pericoli degli eccessi del dogmatismo e del relativismo. Secondo un orientamento che negli ultimi anni si è imposto sempre più, questo rischio può essere scongiurato, coniugando "dignità" e "libertà" delle persone. Questo binomio è presente nella formula adottata dall'articolo 36 della Costituzione italiana che parla di "esistenza libera e dignitosa" evocando un legame indissolubile tra i due concetti. Tuttavia, secondo un'altra prospettiva, non sempre il richiamo all'autodeterminazione¹² e alla libertà possono essere presi in considerazione direttamente, perché le disuguaglianze di fatto e le differenti situazioni in concreto finiscono spesso per incidere proprio sulla idoneità a formulare scelte libere da parte di ciascun soggetto, rendendo assai difficile conciliare questi valori.

Vi sono ipotesi in cui non è semplice capire come possa essere in concreto declinato il concetto di dignità con quello di libertà, come nel caso del nascituro o del soggetto diventato incapace a seguito di patologie di tipo degenerativo.

⁹ Per la tesi secondo cui la tecnica del bilanciamento impedirebbe il dogmatismo e gli eccessi della supremazia di un solo valore si veda L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali. Giornate in onore di Angelo Falzea*, Giuffrè, Milano 1993, p. 47 e ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO - A. ALBANESE - A. NICOLUSSI, Giuffrè, Milano 2011, p. 255 s.

¹⁰ Sulla definizione di dignità come "concetto transculturale" cfr. S. RODOTÀ, *La persona. Manuale di Diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, Giuffrè, Milano 2007, p. 195 e B. MATHIEU, *La dignité de la personne humaine: quel droit? Quel titulaire?*, Dalloz, Paris 1996, p. 281 s. che osserva come perfino la cultura giuridica francese, tradizionalmente contraria a richiamare principi contraddistinti da un elevato grado di generalità e indeterminatezza, fa espresso riferimento alla dignità.

¹¹ La Carta riserva alla dignità uno specifico capitolo, considerando fondamentale, fin dalla collocazione topografica, affermarne il ruolo assoluto, ma pur sempre da realizzare storicamente. Dopo questa formulazione ci si è chiesti se la dignità debba allora considerarsi una categoria omnicomprensiva di tutti i diritti umani oppure se pur non avendo tale funzione, possa essere comunque indicata per ricomprendere un gruppo di diritti in particolare e più precisamente: il diritto alla vita, all'integrità personale, a non essere soggetti a trattamenti disumani o degradanti. Dalla risposta a tale quesito dipendono due diverse concezioni che sono anche alla base del dibattito sull'univocità o sulla pluralità dei diritti della personalità.

¹² D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2008, p. 552.

In queste ipotesi, la libertà della persona non può direttamente svolgersi senza l'intervento di altri, quindi le scelte da compiere non sono individuali, ma sono inevitabilmente demandate a coloro che non sono direttamente titolari dei diritti da proteggere (nonostante tali diritti siano definiti "personalissimi"). Tra queste ipotesi che concernono aspetti agli antipodi: la vita e la morte degli individui, vi sono poi ulteriori differenti precisazioni da fare, in quanto i problemi che riguardano le tutele nelle fasi di fine della vita sono essenzialmente connessi alla validità o meno del testamento biologico e più in generale all'efficacia delle direttive da attuare «ora per allora»¹³, mentre nel caso del nascituro vi è l'ulteriore complicazione che l'individuo come tale non è ancora nato e quindi non potrà esprimere nessuna determinazione sul futuro che lo riguarda.

Il problema più difficile rimane quindi capire se il riferimento alla dignità possa essere richiamato anche per tutelare il nascituro e che cosa intendere per dignità del nascere. Tra le convenzioni internazionali che riconoscono diritti al concepito, possiamo in particolare ricordare l'art. 1 della Convenzione di Oviedo¹⁴, del 4 aprile 1997, ratificata nel 2001, che prevede che lo Stato dovrebbe

¹³ G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita Notarile*, 2007; G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Famiglia e diritto*, 2008; A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 269-296; Id., *Testamento biologico e problemi di fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Europa e diritto privato*, 2013, pp. 457-504; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche: il testamento biologico*, Giappichelli, Torino 2012. Per un approfondimento su autodeterminazione e libertà personale cfr. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 1051, in particolare laddove quest'ultimo afferma che: «Il principio del consenso alle cure mediche non sembra in grado di risolvere il problema della decisione circa il fine vita. Ci troviamo di fronte a un'apparente aporia: perché da un lato nessun intervento medico può svolgersi senza il consenso del titolare del bene giuridico tutelato, sia esso la salute o la vita; dall'altro la vita è un bene indisponibile, onde esso non è idoneo a sopportare atti di disposizione che la abbiano ad oggetto diretto e proprio. Vale infatti riguardo alla vita lo stesso paradosso della libertà: il diritto in cui essa consiste non può essere esercitato in un modo che ne implichi la negazione».

¹⁴ Cfr. E. FURLAN, *Dignità umana e bioetica: risorse e problemi di una nozione fondamentale, Saggio introduttivo*, in Aa.Vv., *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, a cura di E. FURLAN, Franco Angeli, Milano 2009, pp. 7-56, e soprattutto P. SULMASY, *Dignity and bioethics: history, theory and selected applications*, ed. by PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, Human Dignity and Bioethics, Washington D.C. 2008, pp. 469-504 che distingue tre differenti approcci: la dignità "attribuita" per indicare il valore che ciascun essere umano riconosce negli altri esseri umani. Questo approccio tiene in considerazione il riconoscimento sociale che viene fatto della persona anche in relazione ai parametri che la società considera come fondamentali e la dignità, pur essendo un attributo del singolo, viene sempre determinata dalla scelta che altri compiono. La dignità c.d. "intrinseca" è invece quella caratterizzata da un approccio che abbiamo definito prevalentemente ontologico, perché ciascun uomo è dotato di dignità in quanto uomo. Infine la dignità "sogettiva"

tutelare la vita umana dal suo inizio, riconoscendo quindi protezione anche al nascituro concepito ovvero la Dichiarazione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1959, che è stata ratificata in Italia nel 1991 e che esordisce affermando che «il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, *sia prima che dopo la nascita*».

Tali Convenzioni internazionali sono state richiamate in molte pronunce della Corte costituzionale italiana sull'ammissibilità dei referendum abrogativi delle leggi speciali in materia di interruzione della gravidanza e in materia di procreazione assistita che a ben vedere non negano la soggettività giuridica del concepito, ma addirittura prendono in considerazione l'esigenza di tutelarlo.

Infatti, va ricordato che l'art. 1 della legge n. 194 del 1978 stabilisce che lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio, dimostrando che è possibile procedere all'interruzione volontaria di gravidanza solo se vi sono particolari condizioni.

La legge n. 40 del 2004 all'art. 1 stabilisce che «per favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste, assicurando però i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

La difesa del concepito è quindi presa in considerazione nell'ordinamento italiano, anche se in entrambi i testi normativi cede di fronte all'esigenza di tutela della salute della madre. In una prospettiva di bilanciamento¹⁵ tra valori contrapposti meritevoli di tutela, il legislatore mostra quindi di favorire la posizione della madre rispetto a quella del nascituro. Ciò non deve però spingere a ritenere che l'ordinamento neghi in assoluto ogni soggettività del nascituro concepito, soltanto perché non esiste una relazione intersoggettiva paritaria tra madre e nascituro. Piuttosto, questa "preferenza" va accordata con la possibilità della madre di esprimere una scelta sulla terapia da compiere, a differenza del nascituro che ovviamente non potrà esprimere nessun consenso sul punto.

Non vi è da fare nessuna comparazione tra vita della madre e vita del nascituro in termini di valori, ma solo in termini di differenza di tutele, perché queste ultime non possono essere riconosciute congiuntamente, visto che l'una inevitabilmente esclude l'altra. Per l'ordinamento italiano, il vero nodo da sciogliere non è quindi quello di riconoscere un "maggior" *favor* alla madre piuttosto

lega il concetto alla qualità della vita del titolare. La dignità non sarebbe secondo questo approccio un valore ontologico e neanche un attributo della società, ma coinciderebbe sempre con il rispetto di sé.

¹⁵ Sul bilanciamento degli interessi e il principio di ragionevolezza cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli 2015, pp. 103-105; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 33.

sto che al figlio nascituro, sulla base della presunzione che la sua vita “vale di più” dell’altra che dovrà ancora “completarsi”. Non è questa la giustificazione e la prova è data dal riconoscimento del diritto della madre di rinunciare liberamente alle terapie che possano minare la salute del feto per salvare se stessa.

Neppure il padre ha la possibilità di opporsi alla scelta della madre di interrompere la gravidanza. Tale scelta resta unicamente della madre nel nostro ordinamento, come dimostra l’art. 5 della l. 194 del 1978 che prevede ai commi 1 e 2 la presenza dell’uomo nel consultorio, nella struttura sanitaria o di fronte al medico di fiducia a cui si rivolge la donna, ma solo con il consenso di quest’ultima.

Non vi è quindi nessuna dichiarazione di principio da parte del legislatore su una vita che abbia un presunto valore minore solo perché *in fieri*. La precisazione è importante e vale anche per un’adeguata interpretazione della legge sull’aborto, dove tale principio è espresso chiaramente se si compie un’attenta lettura dei lavori parlamentari che invece è troppo spesso dimenticata.

Del resto, anche se per la Corte costituzionale le posizioni di madre e concepito non sono equiparabili sotto il profilo delle tutele e sono comunque presi in considerazione alcuni interessi del concepito valutati fondamentali come la salute o l’identità personale. Più esattamente l’ordinamento riconosce l’importanza di proteggere la vita del concepito¹⁶, ma non formula nessuna qualificazione di tale pretesa in termini di vero e proprio diritto soggettivo.

Soltanto chi è titolare della gravidanza potrà esprimersi su di essa, non perché sono in gioco valori che hanno un peso diverso, ma perché mancherebbe proprio la legittimazione del nascituro alla pretesa di interruzione della gravidanza visto che tale richiesta spetta solo alla madre.

Del resto, seguendo un ragionamento differente si avrebbe un’aggressione alla libertà di procreazione¹⁷, riconoscendo paradossalmente in capo al figlio

¹⁶ Certamente è da condividere il ragionamento di A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 42 secondo cui una volta ricollegata «la qualità di essere umano al concepito, sebbene non si voglia parlare di persona, la sua dignità implica soggettività giuridica anche prima della nascita, in quanto tra soggetto e oggetto, *tertium non datur*». Sulla qualificazione del concepito come soggetto, cioè centro di imputazione di diritti non patrimoniali cfr. P. ZATTI, *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, in *Nuova giur. Civ. e comm.*, I/1999, P. 113, il quale trova un ulteriore conferma a tale ricostruzione nella disciplina dell’infanticidio ex art. 578 c.p. che tutela il «feto durante il parto» come essere umano.

¹⁷ Per quanto riguarda la libertà di procreazione cfr. A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano 1987, p. 963.; A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, I/1982, p. 599 s.; G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 260; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova 1999; C.M. BIANCA, *Il diritto alla procreazione*, in *La tutela dell’embrione*, a cura di G. BISCONTINI - L. RUGGERI, Esi, Napoli 2002, p. 100 s.

un'azione di risarcimento nei confronti della propria madre. Rimarrebbe pure problematico fissare chiaramente quali anomalie e quali malformazioni consentirebbero in concreto l'esercizio del c.d. «diritto a non nascere»¹⁸ e quali invece dovrebbero essere considerate patologie accettabili o comunque esenti dal raggio di tale azione risarcitoria.

Il nascituro non può considerarsi quindi direttamente titolare del diritto di interrompere la gravidanza in presenza di malformazioni o anomalie, neanche per evitare che la sua vita sia contrassegnata in futuro da sofferenze e disagi.

Un discorso diverso va fatto invece relativamente al problema di esperire la giusta tutela nell'ipotesi in cui la malformazione o la patologia del figlio sia stata causata da un trattamento sanitario. In questa ipotesi, una volta che il figlio sia nato ed abbia acquistato la capacità giuridica sarà legittimato a chiedere il risarcimento non tanto per la violazione del diritto a nascere sano che non trova cittadinanza nell'ordinamento italiano in base al ragionamento sopra ricordato¹⁹, ma per la lesione del diritto alla salute. Orbene, in queste ipote-

¹⁸ M. FRANZONI, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 486; M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 379; O. RILAMPA, *Il diritto a non nascere e la condizione giuridica del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 71; M. GORGONI, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 62; e S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, p. 251. Le sezioni unite hanno ricomposto il contrasto giurisprudenziale relativo al riconoscimento o meno del c.d. «diritto a non nascere», in riferimento allo statuto giuridico della vita prenatale. Da un lato, un orientamento escludeva il risarcimento (cfr. Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3327; Cass. 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corr. Giur.*, 2006, 1691; Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2009, I, 1258), mentre dal versante opposto, un altro orientamento lo ammetteva, riconoscendo la legittimazione dopo la nascita a far valere la violazione del diritto all'autodeterminazione della madre come causa della infermità (cfr. Cass. 3 maggio 2011, n. 9700, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2011, I, 1270; Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2013, p. 175). Le sezioni unite affermano in materia di responsabilità medica per nascita indesiderata due fondamentali principi: 1) la madre è onerata dalla prova controfattuale della sua volontà abortiva, anche se può avvalersi di indici presuntivi e 2) il nato con disabilità non è legittimato ad agire per il danno da «vita ingiusta», in quanto l'ordinamento giuridico non riconosce il c.d. «diritto a non nascere se non sano». Cfr. Cass. Sez. un. 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Foro it.*, 1/2016, p. 494 con nota di C. BONA, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione*. Cfr. E. NAVARRETTA, *Il diritto a nascer sano e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ.*, 1990, p. 1053; F. PIRAINO, «*Nomina sunt consequentia rerum*» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Dir. civ. contemporaneo*, 6 gennaio 2016.

¹⁹ Il dibattito in materia è molto ricco e variegato sotto diversi punti di vista. Se da un lato, la dottrina e la giurisprudenza si sono mostrate in generale d'accordo per ammettere la legittimazione dei genitori ad agire contro il medico responsabile di non avere correttamente informato la coppia, per quanto riguarda il problema della legittimazione del figlio, esistono orientamenti diametralmente opposti: da una parte, vi è chi nega che il fatto di essere nato

si, l'aspetto più delicato da sottolineare è che il danno subito per la lesione del bene "salute" durante la gravidanza determina giuridicamente conseguenze pregiudizievoli soltanto dopo la nascita²⁰ e questa osservazione è utilizzata da parte di alcuni per escludere la soggettività del concepito.

Tuttavia, il problema della soggettività del concepito non può essere certamente liquidato ritenendo che un individuo comincia ad esistere solo quando per l'essere umano si verifichi la possibilità concreta di socializzazione²¹, cioè di una interazione con il mondo esterno, bollando così ogni altra questione collaterale come una mera "costruzione sociale". Secondo tale prospettiva non sarebbe ammissibile affermare in modo chiaro e inequivoco nessuna soggettività del nascituro, prima del suo esordio nel processo sociale che lo "individua" come persona.

Indipendentemente dal dibattito dottrinale sulla qualifica del nascituro come soggetto di diritto o meno²², il concepito potrebbe essere oggetto di tute-

malformato, per una patologia naturale e di cui il medico non si sarebbe accorto, possa costituire un danno, perché nel nostro ordinamento non troverebbe nessuna cittadinanza un «diritto a non nascere», dall'altro versante, secondo altro orientamento, il problema andrebbe impostato diversamente, perché in verità la questione non verterebbe sul fatto di non essere nato, ma sulla malattia contratta. I termini del dibattito sono riassunti efficacemente da: G. CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2015; F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 144; G. MONATERI, *"La Marque de Caïn". La vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'Alambicco*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di A. D'ANGELO, Giuffré, Milano 1999, p. 285; R. DE MATTEIS, *Danno esistenziale e la tutela della vita prenatale: dai torts wrongful life ai torts wrongful birth*, in *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, a cura di U. DAL LAGO - R. BORDON, Giuffré, Milano 2005, p. 297 s.

²⁰ Il danno da nascita indesiderata presuppone la prova che sarebbe stata possibile praticare l'interruzione della gravidanza al tempo dell'insorgenza della patologia e che la madre, informata adeguatamente su tale possibilità, avrebbe optato per la scelta di non proseguire la gravidanza. L'onere della prova spetta alla madre, ma può essere adempiuto anche in via presuntiva, mediante la dimostrazione di circostanze, da cui si possa ragionevolmente risalire per via induttiva al fatto da accertare.

²¹ Sul punto si veda la riflessione di P. BARCELLONA, *Vita umana e mercato. I rischi del paradigma biopolitico*, in *La dignità del nascere*, a cura di E. BILOTTI, San Filippo Neri, Roma 2016, p. 15 s.

²² Cfr. E. MOSCATI, *La tutela dell'embrione*, in *Le sfide del diritto*, a cura di G. DALLA TORRE - C. MIRABELLI, Rubbettino, Soveria Mannelli 2009, in part. pp. 91-92. In proposito, già F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, I/2004, p. 533; F. GIARDINA, *Soggettività, capacità, identità. Dialogo con Francesco*, in AA.VV., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffré, Milano 2008, I, p. 127; P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, I/2008, p. 247; e G. BALLARANI, *La capacità giuridica statica del concepito*, in *Dir. fam.*, 2007, p. 1462. All'interno del dibattito dottrinale è possibile distinguere tre differenti tesi: 1) l'embrione è una "cosa", intesa come porzione del mondo esterno oggetto di diritti; 2) l'embrione è una persona, e in quanto tale, soggetto di diritti; 3)

la giuridica anche per ragioni differenti. Il punto decisivo non è infatti ancorare la tutela del concepito all'affermazione o meno della piena soggettività che è un problema difficilmente risolvibile a causa delle opposte posizioni che nel tempo sono state validamente patrocinate, bensì all'esigenza di protezione del concepito in tutte le fasi dello sviluppo²³ che devono essere svolte in modo fisiologico senza pregiudicare la salute né della madre, né del figlio.

Del resto, l'ordinamento italiano riconosce per il nascituro la possibilità di succedere e quindi di diventare titolare di diritti patrimoniali, quindi il nodo centrale della questione non è quello di elevare effettivamente il nascituro a soggetto di diritto dotato di capacità giuridica²⁴, contro il dettato dell'art. 1 del codice civile, perché per affermare l'astratta legittimazione ad agire per il risarcimento di danno che si è manifestato per ciò che è avvenuto nella fase prima della nascita, è sufficiente accertare l'esistenza di un nesso causale tra il comportamento colposo anteriore alla nascita e il danno al soggetto che con la nascita ha acquistato la piena capacità giuridica.

l'embrione è una porzione di corpo, o più esattamente l'unione di una porzione del corpo femminile (l'ovulo) con una porzione del corpo maschile (lo spermatozoo). Cfr. G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 19; C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di G. ALPA - V. ROPPO, Jovene, Napoli 2005, p. 423 s. Sul punto si veda anche R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1563 secondo cui: «con riferimento all'uomo, la soggettività può andare incontro a differenti modulazioni in ragione della sua condizione personale e formale, relativamente alle forme di incapacità giuridica speciale, assoluta o relativa, che lo riguardano. Insomma, rispetto alla capacità giuridica, che riconosce l'incondizionata titolarità di diritti e doveri, la soggettività giuridica guarda alla concretezza del centro autonomo di interessi, delimitandone, di conseguenza, il regime di tutela». Per altro versante, il concepito è stato considerato «entità giuridicamente protetta quale essere umano», indipendentemente dalla categoria della c.d. «soggettività giuridica» cfr. P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 60.

²³ Il Rapporto di Warnok del 1984 distingue tra «pre-embrione» ed «embrione», e in base a tale risultato scientifico, sotto il profilo giuridico, è stata ravvisata la necessità di separare il piano ontologico rispetto al piano della tutela dell'identità individuale. Il frutto di tali ragionamenti ha quindi spinto alcuni ordinamenti a individuare la protezione dell'embrione non in modo assoluto dal momento della fecondazione, ma dopo quattordici giorni dall'impianto nella mucosa uterina. Si vedano per esempio: lo *Human Fertilisation and Embriology Act* del 1990, modificato nel 2008 (Section 3), ma anche la legge spagnola del 26 maggio 2006 n. 14 (artt. 11 ss.) che ammette alcuni interventi sui pre-embrioni.

²⁴ L'embrione va considerato «essere umano titolare di situazioni giuridiche soggettive, ragionevolmente proporzionate alla sua condizione biologica e relazionale, senza con ciò volergli riconoscere la capacità giuridica di cui all'art. 1 c.c.» secondo R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione*, cit., p. 1559, che richiama il ragionamento di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli 1991, p. 231.

La legge generale e gli interessi particolari

Un altro aspetto fondamentale da approfondire in materia di meccanismi diretti a proteggere la dignità della vita umana²⁵ riguarda il rapporto Stato-individuo, perché se da un lato è richiesto che a livello istituzionale per una più efficace tutela delle persone è bene che lo Stato rimuova gli ostacoli alla piena realizzazione dei diritti, dall'altro versante non sempre la legge, per definizione generale e astratta, può essere considerata effettivamente lo strumento più idoneo a raggiungere tale finalità, soprattutto quando in gioco ci sono da compiere valutazioni strettamente connesse al singolo caso o quando vi sia contrapposizione tra valori meritevoli di tutela e occorra trovare la migliore soluzione possibile attraverso un meccanismo di bilanciamento.

Il pericolo di un'indebita ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata e familiare dei singoli è stato del resto oggetto di sindacato da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nel celebre caso *Costa e Pavan contro Italia* che può essere ricordato anche ai fini del nostro discorso in chiave esemplificativa²⁶, tenendo conto che nel nostro ordinamento, il tema della pluralità delle fonti di produzione, secondo un approccio diretto a rifiutare il principio che la legge sia da considerare sempre lo strumento normativo privilegiato per antonomasia, non ha mostrato adesioni unanime.

Per il secondo comma dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali l'ingerenza dell'autorità pubblica dovrebbe essere ammessa soltanto quando prevista dalla legge e quando costituisca una misura necessaria alla pubblica sicurezza, al benessere economico, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. E siccome nell'ambito della tutela costituzionale dei diritti e delle libertà altrui è stata ricompresa anche la tutela del nascituro, andrebbe contrastato il pericolo di un'indebita ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata e familiare, quando sia normativamente introdotta una misura che incida sulle scelte procreative individuali se non necessaria ai fini della effettiva protezione dei beni giuridici ammessi.

Il caso preso in esame riguardava una coppia italiana portatrice sana di una grave malattia genetica che, per evitare di trasmettere tale malattia aveva preferito ricorrere alla procreazione medicalmente assistita e alla selezione degli embrioni sani mediante il loro esame genetico.

Tuttavia, la coppia non aveva potuto accedere alla diagnosi genetica pre-impianto, a causa del divieto contenuto della legge n. 40 del 19 febbraio 2004. La

²⁵ Cfr. M. NUSSBAUM, *Giustizia e dignità umana. Da individui a persona*, trad. it. a cura di E. GREBLO, il Mulino, Bologna 2002, secondo cui occorre costruire una società in cui ciascuno sia considerato degno di rispetto, e in cui ciascuno sia posto nella condizione di vivere in modo realmente umano.

²⁶ Cfr. F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte edu*, in *Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2013.

Corte europea dei diritti dell'uomo aveva così rilevato l'incoerenza del sistema legislativo italiano, perché da un lato la legge in materia di procreazione medicalmente assistita negava la possibilità di una diagnosi genetica pre-impianto, dall'altro versante, l'ordinamento in maniera del tutto contraddittoria riteneva però ammissibile la richiesta di interruzione di gravidanza nel momento in cui il feto concepito fosse risultato affetto da una malattia genetica grave. Così, la Corte aveva finito per dichiarare il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto imposto alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili dalla legge 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita contrario alla CEDU.

Ai fini del problema rilevato, la sentenza è molto importante anche perché nelle pieghe delle motivazioni formulate si può leggere una critica all'eccessiva ingerenza del legislatore nelle scelte di vita privata e di conseguenza all'impossibilità di disciplinare in modo esauriente tutte le situazioni per le loro specifiche differenze.

Procreazione umana e progresso scientifico

La nascita di qualsiasi essere umano è sempre un evento eccezionale e straordinario, che deve essere protetto in tutte le fasi e che non dovrebbe rischiare di diventare il risultato di un mero procedimento tecnologico, in cui la gestazione sia interpretata come un fatto puramente artificiale, dimenticando che il legame tra la madre e il figlio²⁷ crea una relazione che difficilmente può essere sostituita.

Interrogarsi sulla dignità²⁸ delle persone fin dal nascere significa contrastare la logica del mercato e della mercificazione e comprendere come ha scritto in uno dei suoi ultimi lavori Pietro Barcellona²⁹ che per tutelare l'embrione³⁰ non serve

²⁷ N. LIPARI, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 572.

²⁸ Sul concetto di dignità della vita umana J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino 2001, p. 39.

²⁹ P. BARCELLONA, *Vita umana e mercato*, cit., *passim*.

³⁰ Il problema dello statuto giuridico dell'embrione va inquadrato anche in relazione alla cultura e all'ambiente sociale di riferimento (cfr. Corte EDU 18 ottobre 2011, Oliver Brüstel c. Grenpeace e V.). La Corte di Strasburgo, pur confermando che i principi della Cedu devono essere sempre osservati, ha riconosciuto l'esistenza di più orientamenti e di conseguenza un certo margine di apprezzamento degli Stati per quanto riguarda il momento a partire dal quale cominciare a proteggere il diritto alla vita (Corte EDU 8 luglio 2004, *Affaire VO c. Francia*; Corte EDU 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*; Corte EDU 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*; Corte EDU 1 aprile 2010, *S. H. e altri c. Austria*; Corte EDU 27 agosto 2015, *Parillo c. Italia*). Sul tema cfr. L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e diritto privato*, 2008, pp. 225 ss.; R.C. BARRA, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Jus*, 2000, p. 164; D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI, II, Giuffrè, Milano 2011, pp. 1254-1255; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte Costituzionale*

ricorrere al postulato della soggettività, ma è sufficiente compiere un'analisi ancor più semplice, sottraendo al potere del mercato alcune scelte di valore. Infatti, se è vero che non tutto ciò che la scienza³¹ è in grado di realizzare è sempre progresso, occorre allora porre dei limiti ad una società che va valutata per le scelte di valore che riesce a fare. Queste considerazioni, pur muovendo da presupposti differenti, sono in sintonia con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica³², e quindi senza necessariamente scomodare il richiamo all'articolo 1 del

italiana e margine di apprezzamento, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 787; V. DURANTE, *La "semantica dell'embrione" nei documenti normativi. Uno sguardo comparatistico*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2012, pp. 69-72; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. di dir. civile*, 2016, p. 1555; A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 205; P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1990, p. 438.

³¹ G. DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I/2013, p. 613.

³² Rispetto alla capacità giuridica che guarda a una tutela generica e incondizionata di diritti e doveri, la soggettività giuridica è legata ad una tutela in concreto, potendo essere rimodulata in ragione delle specifiche condizioni del portatore di interessi da proteggere. Il tema della protezione dei centri autonomi di interessi sebbene sprovvisti di personalità giuridica non è nuovo, se pensiamo alle riflessioni svolte in tema di enti di fatto: M. BASILE - A. FALZEA, voce *Persona giuridica. A) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1983, p. 238 s. Il problema della soggettività giuridica è da ultimo tornato prioritario nell'ambito del dibattito sulle reti di impresa, ma deve ancora essere approfondito in riferimento alle persone fisiche. Sulla necessità di passare dal soggetto alla persona, ritenendo quest'ultima categoria più appropriata per la tutela degli esseri umani cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 183. Se però si considera il concepito come "persona che ancora deve diventare" il problema della corretta qualificazione soggettiva rimarrebbe privo di una risposta, a meno di non accettare la sintesi concettuale offerta da F.D. BUSNELLI, *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *D. um. int.*, 2007, p. 245 s. secondo cui: «l'embrione ha il diritto di essere trattato come persona, ossia nel modo secondo cui conveniamo debbano essere trattati gli individui della nostra specie sulla cui natura di persone non vi sono dubbi». Rimangono fondamentali le considerazioni di G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, I/1982, p. 499 che riteneva il concepito «germe della persona umana» da proteggere come «bene in sé» non ricorrendo alla categoria del diritto soggettivo, ma attraverso la nozione di «ordinamento oggettivo di valori». Sotto altra prospettiva, il concepito rientra nel significato normativo di soggetto non inteso come «fattispecie» ma come «sintesi degli effetti» cfr. N. Lipari, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1988, p. 641. Per approfondire il dibattito sulla necessità di una soggettività giuridica di diversa estensione rispetto alla capacità giuridica cfr. G. BALDINI, *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam.*, 2000, p. 334 s.; C. CASINI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Iustitia*, 2001, p. 562; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam.*, 2015, p. 184; M. SESTA, voce *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 2004; P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Riv. dir. civ.*, I/1988, p. 793 s.; A. TRABUCCHI, *Il figlio nato o nascituro*, inestimabile res, e non

codice civile. Tuttavia, questa affermazione si rileva estremamente pericolosa se non correttamente intesa e se non ricondotta adeguatamente entro confini ben definiti, perché il rischio di negare in modo assoluto la soggettività può spingere a far diventare chi non è ancora dotato di capacità giuridica mero oggetto³³.

La nozione di limite è strettamente connessa con quella di dignità. Senza limiti all'agire, senza un'azione responsabile che tenga conto non soltanto della situazione presente, ma anche delle conseguenze future, si rischierebbe di perdere qualsiasi connessione tra le generazioni. Una riflessione sull'importanza della dignità del nascere impone quindi in primo luogo un esame dei limiti dell'agire umano, perché non tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche moralmente lecito. Purtroppo i fenomeni della spersonalizzazione del sapere e dell'oggettivazione della ricerca scientifica hanno spinto a considerare prevalenti quasi esclusivamente le questioni relative al funzionamento della vita umana e dei processi vitali degli individui, dimenticando ulteriori interrogativi che dovrebbero invece essere rievocati quando si affronta il tema dell'origine (e anche della fine) della vita, allo scopo di scongiurare la pretesa di disporre in modo totale e assoluto degli altri.

Il richiamo alla dignità è utile anche per questa ragione, perché consente di rinvenire i limiti necessari all'azione umana, svolgendo non solo un ruolo fondativo dei diritti da tutelare, ma anche il bilanciamento necessario di valori come la libertà e l'autonomia³⁴ che possono essere così declinati e combinati senza effetti collaterali.

La dignità non si configura più come un mero diritto, al pari di altre situazioni giuridiche soggettive considerate fondamentali per l'individuo, ma diventa il metro concreto per misurare l'effettivo livello di attuazione e protezione dei diritti inalienabili di ciascun essere umano. Si tratta di un'osservazione molto

soltanto *res extra commercium*, in *Riv. dir. civ.*, I/1991, p. 211 s.; G. VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Esi, Napoli 2006, p. 100 s., il quale però, senza spiegare sufficientemente come, finisce per estendere al concepito la nozione di capacità giuridica.

³³ Per una critica nei confronti dei pericoli nascosti dietro le pieghe di frasi assiomatiche utilizzate con troppa disinvoltura dalla giurisprudenza cfr. C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2015, che parla di giurisprudenza creativa e dottrina remissiva.

³⁴ Secondo P.R. SINDONI, *Il "paradigma" della dignità della persona*, in *La dignità del nascere*, a cura di E. BILOTTI, cit., p. 31: «Resta comunque aperta la questione se davvero tutte le scelte ispirate al principio di autonomia siano in grado di custodire l'*ethos* dell'umano e della sua dignità: si pensi ad esempio alla vendita dei propri organi, ai contratti di surrogazione di maternità su base commerciale o, nel caso relativo alla richiesta tecnologica di volere un figlio, di sostenere il proprio desiderio tramite un percorso autonomo di richiesta di sostegno medico, che non tenga conto della radice relazionale dell'essere-genitore». Adoperarsi per la nascita di un figlio non può diventare un diritto della personalità dell'adulto, perché un figlio non è mero oggetto, né strumento di realizzazione dell'adulto stesso, come osserva A. NICOLUSSI, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*, a cura di E. SCABINI - G. ROSSI, Vita e Pensiero, Milano 2014, p. 6.

importante ai fini della comprensione di quanto si è detto, perché perfino i diritti più importanti possono essere limitati, quando entrano in contrasto con altri diritti (o comunque possono essere regolati), mentre la dignità correttamente intesa che impone il rispetto umano è un valore che possiamo considerare assoluto e come tale non è un valore fra tanti altri.

Il rapporto genitori-figli, il divieto di maternità surrogata e la Corte europea dei diritti dell'uomo

Vi è un ulteriore corollario che è strettamente connesso con quanto detto: se eleviamo la dignità a paradigma necessario per il giusto bilanciamento tra beni da tutelare, si possono evitare le derive relativistiche di un approccio paritario tra i valori in gioco e al contempo i rischi di dogmatismo. Ciò perché l'idea di dignità si ritrova all'origine stessa dell'essere umano e deve coinvolgere l'intera vita della persona³⁵: dalla nascita alla morte. I limiti all'esercizio del potere su di sé e sugli altri sono dettati dal binomio dignità ed identità personale. In questa direzione, il diritto di procreare e il desiderio di diventare genitore incontrano un antidoto al loro incontrollato esercizio proprio nel richiamo alla dignità umana. Infatti, la dignità del figlio è la misura, ma anche il confine oltre il quale non può trovare legittimazione la realizzazione genitoriale.

Il comprensibile desiderio di realizzare il progetto genitoriale deve tenere conto dell'affermazione secondo cui nessun essere umano può diventare un mezzo per raggiungere le proprie aspirazioni e ciò vale anche nel rapporto genitori-figli.

Questa riflessione è di primaria importanza per comprendere le ragioni per cui nel nostro ordinamento continua a sussistere il divieto di maternità surrogata³⁶, nonostante vi siano state delle aperture sulla possibilità della coppia di accedere alla fecondazione eterologa³⁷.

³⁵ F.D. BUSNELLI, *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *D. um. int.*, 2007, p. 245. Per una riflessione sul rapporto con la prospettiva biopolitica cfr. D. CARUSI, *Immunitas: biopolitica e diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 607 ss.

³⁶ Per un approfondimento cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 415 s. e A.B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano 2002; F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in *Verso nuove forme di maternità*, a cura di C.A. GRAZIANI - I. CORTI, Giuffrè, Milano 2002, p. 123 s. E si veda anche D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, I/2005, p. 146 s. secondo cui nella società postmoderna caratterizzata dalla «liquidità» dei rapporti relazionali, la nozione di *status* familiare è ormai stata sostituita in termini di «identità».

³⁷ Si definisce omologa la fecondazione che avviene quando il seme e l'ovulo appartengono alla coppia dei genitori del nascituro, mentre si definisce eterologa, la fecondazione artificiale ove il seme o l'ovulo provengono da un terzo esterno alla coppia. La Corte costituzionale con

Il problema è stato anche affrontato dalla Corte di Cassazione nella sentenza 11 dicembre 2014, n. 24001³⁸ che ha stabilito come lo status di figlio di una coppia sterile, nato all'estero in adempimento di un accordo di maternità surrogata, non può essere riconosciuto, in quanto il certificato di nascita redatto all'estero non è titolo idoneo a produrre effetti nell'ordinamento italiano, con la conseguenza che il minore potrà essere dichiarato adottabile, perché senza genitori legittimi. Gli argomenti proposti per giustificare tale decisione sono stati numerosi, compresa la necessità di evitare antinomie ed accettare una interpretazione coerente con altre disposizioni dell'ordinamento, perché l'art. 269 c.c. considera il parto come l'attività fondamentale per l'attribuzione dello status di madre, in applicazione del principio della maternità naturale. Del resto, in Italia gli accordi di maternità surrogata sono invalidi ed inefficaci, a causa del divieto espressamente previsto dall'art. 12, comma 6 della legge 40/2004³⁹.

la sentenza n. 192 del 9 aprile 2014 ha dichiarato incostituzionale l'art. 4, comma 3, della legge 40/2004 consentendo alle coppie italiane di potere ricorrere alla fecondazione eterologa. Tuttavia, rimane il divieto per l'ipotesi di maternità surrogata in base all'articolo 12 comma 6 della sopra menzionata legge. Si parla di madre surrogata per indicare la donna che mette a disposizione il proprio utero (madre gestante), ma non mette a disposizione i propri ovociti che vengono invece forniti da un'altra donna che poi assumerà i diritti e i doveri di madre. Si verifica così una separazione tra la madre gestante e la madre biologica con tutti i problemi che ne derivano. Cfr. A. NICOLUSSI - A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte Edu*, in *Europa e diritto privato*, 2013, pp. 212-239; U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'intervento della Corte di Strasburgo*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 988 s. Sulla possibilità di riferire il principio di autodeterminazione alla coppia cfr. le critiche di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffré, Milano 2015, p. 75 secondo cui. «l'autodeterminazione riguarda le persone, ciascuna con la sua individualità e identità [...] dato che autodeterminarsi significa determinarsi nella sfera che riguarda il sé; e ciò nell'esatta misura in cui il sé sia termine di riferimento in uscita e in entrata, come autore della deliberazione e come ambito soggettivo al quale quest'ultima si riferisce. Nella decisione sulla fecondazione eterologa, invece, è chiaro che la determinazione che la riguarda implica il trascendimento dei soggetti che ne sono autori, sia con riguardo all'estraneo che deve fornire il gamete sia con riguardo al figlio, il quale diventerà soggetto a causa di una scelta che lo vedrà in pari tempo appartenere alla famiglia pur non potendosi dire (in senso biologico) della famiglia: il figlio nascerà con una identità adulterata in radice a causa della eterodeterminazione di altri, che decidono, l'uno o l'altro o ambedue, divenirne genitori non essendolo».

³⁸ Cass., 11 novembre 2014, n. 240001, in *Foro it.*, I-34/2014, p. 14, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con nota di F. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*. Per un commento alle prime decisioni giurisprudenziali su questi temi cfr. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, I/1990, p. 298, con nota di G. PONZANELLI; *Giur. it.*, I-2/1990, p. 296, con nota di G. PALMERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*; nonché Trib. Roma ord. 17 febbraio 2000, in *Corr. giur.*, 200, p. 483, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*.

³⁹ F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Giuffré, Milano 2004 e per lo specifico tema della maternità surrogata C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffré, Milano 1992.

Sul punto, dottrina e giurisprudenza si sono finora trovati concordi nell'escludere la validità e sanzionare qualsiasi accordo di maternità surrogata come nullo per illiceità dell'oggetto e della causa.

In altri paesi la maternità surrogata è però ammessa e ciò ha fatto aumentare negli ultimi anni i casi di «turismo procreativo»⁴⁰, anche se per le coppie che fanno ricorso alla maternità surrogata all'estero rimane successivamente aperta la questione della possibilità o meno di trascrizione dell'atto di nascita una volta rientrate con il figlio nel paese di provenienza. Tale problema non coinvolge ovviamente solo l'Italia, ma anche altri paesi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo⁴¹ si è ad esempio occupata nei casi *Mennesson contro Francia* e *Labasse contro Francia* del rifiuto del riconoscimento legale dei rapporti genitoriali sorti con minori nati a seguito di accordi di maternità surrogata all'estero del paese⁴². In entrambe le ipotesi la corte ha negato che vi fosse stata da parte della Francia violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per le posizioni dei genitori, ma ha ammesso tale violazione per i figli minori, osservando che pur riconoscendo un ampio margine di discrezionalità agli Stati su questi delicati temi, a causa dei valori coinvolti, tale potere decisionale non avrebbe però mai potuto estendersi in maniera da compromettere l'identità individuale ed il migliore interesse dei minori coinvolti⁴³.

⁴⁰ I paesi in cui la surrogazione di maternità è ammessa sono: Armenia (a titolo gratuito o verso corrispettivo), Australia (solo a titolo gratuito), Belgio (solo a titolo gratuito), Bielorussia (a titolo gratuito o verso corrispettivo), Canada (solo a titolo gratuito e non in Québec); Cipro (ammessa in assenza di espresso divieto); Danimarca (solo a titolo gratuito); Georgia (a titolo gratuito o verso corrispettivo), Grecia (solo a titolo gratuito e per i residenti); Hong Kong (solo a titolo gratuito); India (a titolo gratuito o verso corrispettivo, ma dal 2015 è consentita soltanto per i residenti); Israele (solo a titolo gratuito per i cittadini israeliani); Nepal (vietata agli stranieri); Paesi Bassi (solo a titolo gratuito); Regno Unito (solo a titolo gratuito); Russia (a titolo gratuito o verso corrispettivo); Stati Uniti (a titolo gratuito o verso corrispettivo in Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachusetts, Vermont; mentre è consentita solo a titolo gratuito a New York, New Jersey, New Mexico, Nebraska, Virginia, Oregon, Washington); Sudafrica (a titolo gratuito o verso corrispettivo); Thailandia (la gestante deve essere una parente della coppia e avere già un figlio); Ucraina (a titolo gratuito o dietro corrispettivo); Ungheria (solo a titolo gratuito). Secondo B. BAREL, *La filiazione nel diritto internazionale privato dopo la riforma del 2012-2013*, in *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2014, p. 285 la surrogazione di maternità realizzata all'estero comporterebbe una ingiustificata e pericolosa elusione delle norme sull'adozione internazionale.

⁴¹ Cedue, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia* (ma si veda anche del medesimo tenore *Labassee c. Francia*), in *Nuova giur. civ. comm.*, I/2014, p. 1122 s., con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, quinta sezione, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ric. n. 65192/11, e Corte europea dei diritti dell'uomo, quinta sezione, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11.

⁴³ Per quanto riguarda il c.d. «interesse del minore» cfr. L. LENTI, *L'interesse del minore nella*

Lo Stato francese, impedendo il riconoscimento legale del legame biologico una volta realizzato, avrebbe oltrepassato a danno dei minori l'accettabile margine di discrezionalità consentito.

Come sopra ricordato, anche la giurisprudenza italiana si è trovata a risolvere questo stesso problema e si è allineata nella medesima direzione dei giudici francesi con la sentenza della Corte di Cassazione n. 24001/2014, negando la trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero a seguito del ricorso alla maternità surrogata. I giudici italiani hanno richiamato anche la necessità di una valutazione coerente del problema in relazione ad altre norme come ad esempio il divieto dei genitori (compresa la gestante) che abbiano fatto ricorso a tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo di disconoscere successivamente il figlio.

Del resto, l'ordinamento italiano permette la realizzazione della maternità e della paternità delle coppie sterili attraverso l'istituto dell'adozione⁴⁴, così se fosse possibile la trascrizione dell'atto di nascita estero del figlio nato mediante sostituzione di maternità si aprirebbe un varco verso forme di genitorialità non biologica, compromettendo l'importante ruolo delle adozioni e la possibilità di molti minori senza genitori di vivere in una famiglia adottiva stabile. Senza tralasciare che l'art. 567, comma 2 del codice penale dispone la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, si renda artefice di alterazioni dello stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

Di contro, è comunque possibile rinvenire altri argomenti che, fermo restando il divieto di maternità surrogata, spingerebbero però verso un approccio più tiepido in merito alla possibilità di trascrizione successiva del certificato di nascita redatto in uno Stato estero di figli generati mediante il ricorso alla maternità surrogata. Secondo tale opposto orientamento andrebbe difeso il *favor legitimatis* rispetto al *favor veritatis* nell'interesse preminente del minore.

Tale interesse dovrebbe prevalere perfino sulla necessità dell'ordinamento di sanzionare la coppia che abbia agito eludendo il divieto. Inoltre, se non fosse riconosciuta la possibilità di trascrizione dell'atto di nascita estero verrebbe compromessa la libertà di circolare liberamente all'interno dell'UE.

Va da ultimo anche ricordato che a mente dell'art. 16 della legge sul diritto privato internazionale n. 218 del 1995: «la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico», ma non vi sarebbe alcuna violazione di questa norma perché l'accettazione della trascrizione del certificato di nascita straniero dovrebbe avvenire solo sulla base di una valutazione di

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo, in *Nuova giur. civ. comm.*, II/2016, p. 148 s.

⁴⁴ Per una riflessione sul rapporto tra adozione e il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam.*, 2005, p. 211 s.

compatibilità dell'ordinamento interno con i principi dei diversi ordinamenti statali.

Quest'ultima osservazione è fondamentale, perché il rispetto dell'ordine pubblico internazionale e la prevalenza dei valori condivisi dalla comunità internazionale sarebbero argomenti sufficienti ad ammettere la trascrizione dei certificati di nascita dei figli nati a seguito di maternità surrogata all'estero.

Nessuno di questi argomenti è stato però preso in considerazione dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo che nell'ultima sentenza depositata il 24 gennaio 2017 ha dato ragione all'Italia, nel caso *Paradiso-Campanelli*⁴⁵, ribaltando il giudizio precedente a favore dei ricorrenti e stabilendo la conformità dei provvedimenti diretti ad impedire il riconoscimento del legame genitoriale con il figlio nato mediante la tecnica dell'utero in affitto all'estero.

La decisione prende spunto dal ricorso di una coppia di cittadini italiani che, dopo aver tentato di avere un figlio anche mediante l'adozione, si erano recati in Russia dove è ammessa la maternità surrogata. Il neonato era stato così registrato a Mosca come figlio della coppia, ma al rientro in Italia, i genitori non erano riusciti ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita presso l'ufficio di stato civile, in quanto il consolato italiano aveva rilevato alcune irregolarità ed era stato avviato procedimento penale per alterazione dello stato civile. Dopo alcuni approfondimenti della vicenda era addirittura emerso che non esisteva nessun rapporto biologico non solo con la madre, ma perfino con il padre, perché la clinica russa aveva utilizzato il seme di un diverso donatore.

La questione centrale più controversa sottoposta al vaglio della Corte non riguardava però la mancata trascrizione dell'atto di nascita, ma il provvedimento di allontanamento del minore e la denegata richiesta di adozione di quest'ultimo da parte dei ricorrenti. In particolare, il bambino era stato con i ricorrenti soltanto otto mesi e tale periodo di tempo non era stato considerato congruo per configurare la realizzazione di un diritto alla vita familiare, perché troppo breve. Per la medesima ragione non avrebbero potuto esservi danni irreparabili per il minore a seguito dell'allontanamento. Di contro, la possibilità di affidare comunque il bambino ai due ricorrenti avrebbe comportato la legalizzazione di una situazione in contrasto con le regole dell'ordinamento italiano.

Il ragionamento svolto dalla Grande camera è lineare e coerente con i principi richiamati, ma nella sua precisione tralascia un particolare che invece avrebbe meritato una maggiore considerazione. Nessuno si è interrogato a

⁴⁵ Cedu, 27 gennaio 2014, ricorso n. 25358 del 2012, caso *Paradiso è Campanelli/Italia*. Per una critica al metodo adottato e più in generale al potere del giudice di decidere trascurando il dato legislativo cfr. C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 995, nota 41 dove la sentenza della Cedu viene ricordata come «esempio evidente di come il fatto sia stato transustanziato in valore, cancellando la forma giuridica legittimamente applicata dalle autorità italiane».

fondo sulle cause originarie della triste vicenda, che vanno ricercate ancor prima della decisione della coppia di recarsi all'estero, nell'ambito degli ostacoli frapposti alla richiesta di adozione in Italia, nonostante la coppia fosse stata dichiarata idonea.

Ciò non può essere ovviamente una causa di giustificazione del comportamento illecito tenuto, ma se dimentichiamo quest'aspetto, rischiamo di non comprendere per intero la vicenda. Pur disapprovando il comportamento dei ricorrenti, vanno anche criticate le scelte politiche interne degli ultimi anni che si sono preoccupate esclusivamente della necessità di disciplinare le tecniche di procreazione medicalmente assistita⁴⁶ e hanno dimenticato di snellire le procedure di adozione che continuano ad essere inadeguate e troppo lente, impedendo così la piena realizzazione del diritto di un bambino abbandonato a crescere all'interno di una famiglia che si occupi della sua crescita e del suo sviluppo. Per queste ragioni, nessuna assoluzione può esservi per il legislatore italiano che dopo molti anni continua a essere in ritardo sull'approvazione di una disciplina organica ed esaustiva in materia di adozione⁴⁷.

Abstract

The dignity of birth and the prohibition of the uterus for rent. The essay examines the concept of human dignity as the basis of human rights. The author asks himself about the possibility of invoking the dignity not only in cases where it is necessary to protect people's lives but also as a general principle that can guide the personal choices when they affect and have consequences on the legal position of the other. The respect for human dignity is then invoked in order to justify the prohibition of the uterus for rent (surrogate motherhood), by providing additional topics to understand the reasoning of the European Court of Human Rights.

⁴⁶ Cfr. G. ALPA, *Appunti sull'inseminazione artificiale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 333 s.; G. FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 165 ss.

⁴⁷ Tra le ultime proposte di legge merita di essere segnalata, anche ai fini del discorso svolto finora, il ddl n. 4215 presentato in data 11 gennaio 2017 alla Camera dei deputati intitolato «Disposizioni in materia di adozione del concepito». Si tratta di una proposta di legge che intende introdurre una misura alternativa all'interruzione volontaria di gravidanza, riconoscendo alla donna, nelle ipotesi prevista dalla legge 194 del 1978, la possibilità di chiedere che il concepito sia dichiarato adottabile. La donna, fino al momento della nascita e nei sette giorni successivi, può sempre liberamente revocare il proprio consenso all'adottabilità del concepito. Spetterà al tribunale dei minorenni scegliere da un elenco specifico la coppia adottante che dovrà essere residente ad una distanza non inferiore a 500 chilometri dal luogo di nascita del concepito.

La tutela penale dei beni culturali nella prospettiva del principio di necessaria offensività

Antonella Massaro

La tutela penale dei beni culturali: l'ostacolo (apparente?) del bene giuridico tutelato

Lo sforzo definitorio che apre tradizionalmente ogni trattazione in materia di patrimonio culturale si mostra *prima facie* come una pregiudiziale irrinunciabile anche quando si discute della sua tutela penale: se si pretende che il patrimonio culturale, nelle due componenti dei beni culturali e del paesaggio, assuma la consistenza di interesse giuridico da tutelare mediante l'*extrema ratio* del diritto penale, si rende necessario che i suoi contorni risultino sufficientemente determinati o determinabili.

L'offesa, per quanto possa sembrare superfluo ribadirlo, è del resto un concetto di relazione, che, senza la precisazione del suo oggetto (il bene o, *rectius*, l'interesse giuridico) è destinato a rimanere vuota formula di stile: «l'offensività senza il bene giuridico è inconcepibile già lessicalmente»¹. Con particolare riguardo ai beni culturali (tralasciando quindi le questioni relative al paesaggio), è rimasta celebre l'opinione di Massimo Severo Giannini, il quale, in riferimento alla definizione del bene culturale come «testimonianza materiale avente valore di civiltà», proposta dalla c.d. Commissione Franceschini² e poi confluita nell'art. 2 d.lgs. n. 42/2004, evidenziava il carattere aperto di una nozione il cui contenuto deve essere necessariamente individuato dai teorici di altre discipline, dando luogo, in definitiva, a un concetto relativo e storicamente variabile³.

Sembrerebbe dunque irrinunciabile un preliminare esame del complesso statuto del «bene culturale», strutturalmente intriso di una duplice anima, al tempo stesso privatistica (la proprietà) e pubblicistica (il valore culturale)⁴, per verificare se lo stesso riesca a ritagliarsi uno spazio autonomo in sede di tutela penale: ciò al fine di valutare le tecniche di costruzione delle attuali fattispecie incriminatrici e la possibilità e/o l'opportunità di una riforma organica in

¹ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, p. 8.

² La Commissione d'indagine istituita con la legge 26 aprile 1964, n. 310, per la *Tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, la cui relazione è stata pubblicata in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pp. 119 ss.

³ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 1/1976, p. 3.

⁴ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 25.

un settore spesso giudicato vetusto, anacronistico e ineffettivo. Una concreta attuazione dell'offensività, del resto, non può restare confinata al momento interpretativo: una (ri)lettura in chiave di offesa di un bene giuridico anziché di mera violazione di doveri potrà certo valere a riportare entro una più sicura cornice costituzionale certe fattispecie, ma solo una tecnica legislativa orientata al modello della tutela dei beni può assicurare che la singola fattispecie affondi solidamente le proprie radici nell'*humus* dell'offensività⁵.

È circostanza fin troppo nota quella per cui la funzione critica del bene giuridico e, più in generale, la funzione di filtro del principio di necessaria offensività, scontino tangibili difficoltà di traduzione in atto a mano a mano che ci allontaniamo dalla più sicura "afferrabilità" dei beni posti a tutela di interessi individuali. I tormentati dibattiti attorno all'individuazione del bene giuridico tutelato nei reati nei già citati reati ambientali, ma anche quando si discuta di economia o fede pubblica, testimoniano in maniera eloquente quanto possa rivelarsi in salita il sentiero della necessaria offensività e quanto poco efficace possa risultare il grimaldello della "plurioffensività", almeno nei casi in cui non sia grado di andare oltre il mero palliativo di carattere classificatorio.

Le considerazioni in questione, tuttavia, non sembrano assumere carattere determinante quando si discuta della tutela penale dei beni culturali, posto che in questo caso la questione non risiede tanto (o solo) nella difficoltà di definire a fini penalistici il bene culturale o il paesaggio. Si tratta in effetti di un'esigenza che, collocandosi sul piano della determinatezza della fattispecie incriminatrice prima ancora che su quello della necessaria offensività, sembra possa essere utilmente soddisfatta attraverso l'irrinunciabile e collaudato meccanismo degli elementi normativi. Sarebbe indubbiamente auspicabile un'uniformazione terminologica (almeno) delle fattispecie contenute nel codice penale, che, impiegando un linguaggio non ancora allineato a quello del d.lgs. 42/2004, alimentano le incertezze sul piano applicativo⁶. Non sembra però seriamente percorribile la via di una nozione autonoma di bene culturale valevole a soli fini penali, la quale, lungi dal potersi affidare all'evanescente parametro della "culturalità", necessiterebbe di un ulteriore sforzo definitorio a livello codicistico che, allo stato, non parrebbe né necessario né auspicabile.

⁵ V. ancora M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 9.

⁶ P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, in *Beni culturali e sistema penale*, a cura di S. MANACORDA - A. VISCONTI, Vita e Pensiero, Milano 2013, p. 35 evidenzia la rilevanza delle questioni, specie in considerazione di quell'orientamento giurisprudenziale che distingue tra una tutela diretta, apprestata dal codice di settore e riferita ai beni culturali qualificati come tali dall'Autorità competente, e una tutela indiretta, assicurata dal codice penale in via residuale e che prescinderebbe dalla relativa dichiarazione, riguardando, più in generale, «le cose che in natura rivestono culturalità». Sulla distinzione tra un sistema di tutela penale indiretta e un sistema di tutela penale diretta v. anche F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, pp. 58 ss.

La questione, dunque, si sposta sul piano delle tecniche di formulazione delle singole fattispecie al fine di verificare, tanto in una prospettiva *de iure condito* quanto in una prospettiva *de iure condendo*, se e in che modo l'interesse giuridico relativo al valore storico o artistico del bene culturale orienti o possa orientare la costruzione delle stesse.

Si rende necessaria a questi fini una sia pur rapida ricostruzione del quadro normativo vigente, con l'obiettivo di individuare possibili criteri di classificazione delle eterogenee fattispecie di reato che lo stesso comprende e di verificare se e in che modo il valore culturale del bene possa rappresentare il *discrimen* decisivo.

Coordinate essenziali di un quadro normativo disorganico

L'assetto normativo della tutela dei beni culturali, se osservato da una prospettiva sanzionatorio-repressiva, è caratterizzato dalla coesistenza del diritto penale e di quello amministrativo, con il primo spesso confinato in una posizione ancillare rispetto al secondo. Sebbene da parte di alcuno si sia rivendicato il ruolo di protagonista rivestito dal diritto penale del processo di evoluzione storica che ha segnato la tutela del patrimonio culturale⁷, l'impressione complessiva è quella di un quadro normativo estremamente frammentato e disomogeneo⁸, contraddistinto dal prevalente ricorso a fattispecie contravvenzionali punite in maniera assai blanda⁹ e che si limitano a sanzionare la mera inosservanza di prescrizioni amministrative: il tutto completato dallo scarso numero di pronunce giurisprudenziali rinvenibili nei repertori giurisprudenziali.

I reati che, direttamente o indirettamente, possono considerarsi posti a tutela del patrimonio culturale sono contenuti essenzialmente nel *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (d.lgs. n. 42 del 2004) e nel codice penale¹⁰.

Volgendo lo sguardo al *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, non può fare a meno di rilevarsi come la riforma del 2004, pur proponendo una riforma organica e in più aspetti innovativa, abbia lasciato sostanzialmente inalterate rispetto al passato le disposizioni relative alle sanzioni penali¹¹. Le fattispecie

⁷ G. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 9-10.

⁸ Così, per tutti, S. MANACORDA, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, in *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Giuffrè, Milano 2015, p. 6.

⁹ Cfr. il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri in data 23 dicembre 2016 (consultabile su www.beniculturali.it), che tra le sue principali linee di intervento prevede proprio una maggiore severità del trattamento sanzionatorio per i reati relativi al patrimonio culturale.

¹⁰ Per una ricostruzione organica ed esaustiva delle fattispecie in questione si rinvia a P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali*, cit., pp. 31 ss. e a V. MANES, *La circolazione artistica dei beni artistici e archeologici. Risposte penali ed extrapenali a confronto*, in *Circolazione dei beni culturali mobili*, cit., pp. 93 ss.

¹¹ P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali*, cit., pp. 32-33, il quale osserva che «il codice del 2004 ha mostrato un sostanziale disinteresse per la parte della tutela penale, ri-

che vengono in considerazione sono quelle contenute negli artt. 169 ss. d.lgs. n. 42/2004 e comprendono reati molto diversi tra loro: dalle contravvenzioni di opere illecite (art. 169), uso illecito (art. 170) e collocazione e rimozione illecita (art. 171), si arriva al delitto di contraffazione di opere d'arte (art. 178), passando per le fattispecie che sanzionano le violazioni in materia di alienazione (art. 173) e l'uscita o esportazione illecite (art. 174).

Lo schema più ricorrente è quello delle contravvenzioni che puniscono la mera violazione delle prescrizioni amministrative contenute nello stesso d.lgs. n. 42/2004, che, dunque, parrebbero volte a tutelare la mera correttezza e regolarità dell'azione amministrativa. Le possibili tensioni rispetto ai principi costituzionali sono efficacemente sintetizzate dalla nota contrapposizione tra una «tutela di beni» e una «tutela di funzioni»¹², con la conseguente preoccupazione che la sanzione penale posta a presidio del rispetto di prescrizioni amministrative sconfini nell'illecito di mera disobbedienza o, in ogni caso, in un modello di incriminazione sempre più distante dal (sia pur proteiforme) principio di necessaria offensività.

Quanto al codice penale, nella perdurante assenza di una sezione apposita, assumono rilievo anzitutto i «comuni» delitti posti a tutela del patrimonio, arricchiti dall'esplicita menzione, ai fini di un aggravamento della risposta sanzionatoria, ai beni di interesse storico o artistico: il riferimento è alle fattispecie di danneggiamento (art. 635, secondo comma, n. 1 c.p.) e di deturpamento e imbrattamento di cose altrui (art. 639, secondo comma c.p.).

Il c.d. furto di opere d'arte si trova invece ricondotto, non senza qualche forzatura sul piano ermeneutico, alla fattispecie comune di furto, aggravata *ex art.* 625, n. 7 c.p.

Il quadro codicistico è completato dalle due contravvenzioni previste dagli artt. 733 e 734 c.p., relative, rispettivamente al danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale e alla distruzione o deturpamento di bellezze naturali: si tratta di fattispecie che, pur riproducendo lo schema base dei corrispondenti delitti contro il patrimonio, si trovano inserite tra le contravvenzioni che tutelano «l'attività sociale della pubblica amministrazione». Anche se, per le ragioni che si cercherà di chiarire con particolare riguardo all'art. 733 c.p., proprio la curvatura in una direzione «pubblicistica» assunta dalla fattispecie in questione ne rappresenta l'elemento di maggiore debolezza.

nunciando in partenza a tentare una razionalizzazione della materia, che pure per certi versi sarebbe stata auspicabile».

¹² Per tutti V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 95 ss.; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 670; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343.

Devono infine ricordarsi le aggravanti contenute negli artt. 452-*bis*, secondo comma e 452-*quater*, secondo comma c.p., introdotte nelle nuove fattispecie di inquinamento e disastro ambientale (l. n. 68/2015).

Beni culturali mobili e immobili: rispettive esigenze di tutela

Al fine di meglio specificare l'etichetta della «tutela penale dei beni culturali» e di mettere ordine tra modalità di offesa particolarmente eterogenee, potrebbe anzitutto seguirsi il filo conduttore della distinzione tra beni culturali immobili e beni culturali mobili, che del resto compare spesso nelle disposizioni in materia, a partire da quelle contenute nel *Codice dei beni culturali e del paesaggio*. Si tratta in effetti di beni che, quali possibili oggetto di tutela penale, possono essere interessati da tipologie di offesa almeno in parte differenti.

Con riguardo ai beni immobili, le esigenze di tutela attengono essenzialmente alla loro integrità, intesa non tanto come statica conservazione del bene, quanto piuttosto come dinamica valorizzazione del suo interesse artistico, storico o archeologico¹³. Il fuoco della tutela repressiva, dunque, si concentra essenzialmente sulle tradizionali fattispecie di danneggiamento (artt. 635 e 733 c.p.) e su quella di “opere illecite” prevista dall'art. 169 d.lgs. 42/2004.

Volgendo l'attenzione ai beni mobili, alle esigenze di tutela volte a preservarne *tout court* l'integrità si affiancano quelle relative all'illecita circolazione degli stessi. A quest'ultimo proposito vengono in considerazione anzitutto la fattispecie di furto (art. 624 c.p.), magari aggravata ex art. 625, n. 7 c.p. e quella di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato (art. 176 d.lgs. 42/2004), fino ad arrivare al c.d. contrabbando artistico (art. 17 d.lgs. 42/2004). Il quadro è completato dalle fattispecie che puniscono le violazioni in materia di alienazione (art. 172 d.lgs. 42/2004) e quelle in materia di ricerche archeologiche (art. 175 d.lgs. 42/2004). La tutela in questione, come efficacemente evidenziato, riguarda i beni mobili ma anche quelli «mobilizzati»¹⁴.

Entrambi i versanti di tutela, quello relativo ai beni immobili e quello che attiene ai beni mobili, tradiscono un profilo “patrimoniale” arricchito da un'evidente componente pubblicistica: il riferimento alla “mera” integrità del bene culturale risulta in effetti permeato dall'interesse della collettività a fruire delle testimonianze di civiltà nazionale nelle sue diverse espressioni culturali. Sul piano dell'illecita circolazione dei beni culturali, tuttavia, non necessariamente i due profili sono legati da un rapporto di implicazione reciproca. Le fattispecie volte a sanzionare il traffico illecito di opere d'arte sono senz'altro finalizzate a evitare la dispersione del bene, ma il traffico illecito di beni culturali presupp-

¹³ Sull'inadeguatezza di una tutela di tipo oggettivo-reale, che tenda ad assicurare staticamente la conservazione di situazioni date, S. MOCCIA, *Riflessione sulla tutela penale dei beni culturali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1295.

¹⁴ V. MANES, *La circolazione illecita*, cit., p. 83.

pone nella maggior parte dei casi l'integrità materiale del bene, che altrimenti perderebbe buona parte del suo valore economico.

Dalla prevalenza che il legislatore intende accordare a una delle due anime del bene culturale dipende il concreto atteggiarsi della singola fattispecie. A questo proposito sembrerebbe *prima facie* inadeguata e/o incompleta una tutela che enfatizzi la dimensione "patrimoniale in senso stretto" a discapito della dimensione "patrimoniale in senso lato": in quest'ultima, per intendersi, confluirebbe la dimensione pubblicistica del valore culturale. È tuttavia significativo che proprio nei casi in cui l'interesse "pubblico" da mera *ratio* dell'incriminazione diviene vero e proprio elemento costitutivo, lo stesso si traduce anche in un ingombrante ostacolo sul piano applicativo. Emblematico da questo punto di vista l'art. 733 c.p., il quale, ai fini della sussistenza del danneggiamento, richiede che il soggetto sia consapevole del rilevante pregio del bene e che dal fatto derivi un nocumento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale. La fattispecie in questione, introdotta al dichiarato scopo di sanzionare penalmente una limitazione del diritto di proprietà fondata sulla prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, è stata applicata dalla giurisprudenza anche in riferimento ai pubblici amministratori¹⁵, ma, nonostante il significativo ampliamento per via interpretativa del concetto di "cosa propria", la contravvenzione continua a latitare dai repertori giurisprudenziali. Tra le principali "debolezze" della fattispecie c'è anche e soprattutto la condizione obiettiva di punibilità rappresentata dal nocumento al patrimonio archeologico, storico e artistico, che, unita al rilevante pregio artistico del bene e alla necessità che il soggetto ne sia consapevole, la rende applicabile in numero limitato di ipotesi¹⁶.

In posizione per certi aspetti intermedia rispetto alle esigenze di tutela (e alle modalità di offesa) rapidamente tratteggiate si pone la fattispecie di contraffazione di opere d'arte (art. 178 d.lgs. n. 42/2004). In questo caso, in effetti, l'integrità del bene, che nelle condotte di riproduzione e di contraffazione neppure viene in considerazione, è chiaramente strumentale a un interesse superindividuale, variamente individuato nella regolarità ed onestà delle operazioni nel mercato artistico o dell'antiquariato o, più in generale, nella fede pubblica: circostanza del resto confermata anzitutto dal dolo specifico "a contenuto patrimoniale", da cui deriva la rilevanza di condotte di falsificazione poste in essere per ragioni differenti e che al più potrebbero integrare le fattispecie di danneggiamento¹⁷.

¹⁵ R. ZANNOTTI, *L'art. 733 c.p. e la tutela del patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale*, in *Cass. pen.*, 5/1997, p. 1344, il quale parla di «ragioni di tutela a tutti i costi, realizzate con l'assegnare alla contravvenzione de qua una non prevista funzione di chiusura di una tutela che, altrimenti, si rivelerebbe incompleta».

¹⁶ Sul punto, di recente, anche per i necessari approfondimenti, P. TRONCONE, *La tutela penale del patrimonio culturale italiano e il deterioramento strutturale del reato dell'art. 733 c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 aprile 2016.

¹⁷ Si rinvia a G. MARRA, *Art. 178*, in *Leggi penali complementari commentate*, a cura di A.

Dai reati di danno a quelli di pericolo presunto: i possibili livelli di articolazione delle fattispecie poste a tutela di beni culturali

In una prospettiva di riforma, dunque, sarebbe necessario non solo sciogliere il nodo relativo all'individuazione del bene giuridico tutelato, ma, soprattutto, chiarire quali siano le esigenze di tutela dello stesso che si intendono valorizzare.

Per le forme più gravi di aggressione, sarebbe auspicabile lasciare in primo piano la “mera” tutela dell'integrità materiale del bene culturale, sanzionando ogni forma di aggressione o di alterazione dello stesso. Un'esigenza di questo tipo pare adeguatamente soddisfatta dalle “tradizionali” fattispecie di danneggiamento e deturpamento, articolate dunque secondo lo schema del reato di danno. Sarebbe nondimeno auspicabile una loro riformulazione e una loro contestuale collocazione in una sezione apposita del codice penale: ciò consentirebbe di ottenere non solo l'auspicato coordinamento sistematico rispetto al *Codice dei beni culturali*, ma anche una meno incerta individuazione dell'oggetto di tutela e una più compiuta descrizione delle condotte penalmente rilevanti, tenendo conto delle innegabili specificità dei beni culturali e articolando in maniera adeguata la risposta sanzionatoria¹⁸.

In posizione intermedia si pongono poi le condotte che, pur relative alla materiale del bene, non implicano necessariamente un'offesa al valore storico o artistico dello stesso. Si pensi, per restare ai casi più evidenti, agli interventi di restauro che, pur eseguiti in assenza delle necessarie autorizzazioni, non abbiano comportato un'offesa alla “culturalità” del bene, ma, anzi, si siano tradotte in un miglioramento dello stesso. In casi di questo tipo la struttura meramente sanzionatoria delle fattispecie attualmente presenti nell'ordinamento, con quella sudditanza del diritto penale al diritto amministrativo che si traduce in una mera tutela di funzioni anziché di beni, si rivela in effetti inadeguata. Una soluzione di possibile compromesso potrebbe essere quella di strutturare le fattispecie in questione secondo lo schema del reato di pericolo concreto, inserendo come elemento di fattispecie (che caratterizzi la condotta o l'evento) la messa in pericolo del valore storico o artistico del bene.

La valorizzazione di una tutela “patrimoniale in senso lato”, per contro, si presterebbe ad attrarre tutte quelle condotte che prescindono dalla materiale aggressione al bene, focalizzandosi piuttosto sulla sua fruibilità da parte della collettività. Si tratta, anzitutto, di quelle fattispecie dirette a sanzionare l'illecita circolazione dei beni culturali: in questi casi l'integrità del bene potrebbe non

GAITO - M. RONCO, Utet, Torino 2009, p. 571 e a P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, a cura di A. MANNA, Giuffrè, Milano 2005, p. 286.

¹⁸ Non è un caso che l'omogeneità terminologica e l'inasprimento delle pene fossero tra i principali obiettivi perseguiti dal progetto di riforma, poi naufragato, avviato nel 2011 dal Governo: per i necessari riferimenti e approfondimenti v. P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali*, cit., pp. 42 ss.

essere messa in discussione e in certi casi risultare anzi funzionale alla finalità ultima del traffico illecito. È questo il settore in cui si rivela utile, e forse irrinunciabile, il ricorso a fattispecie di pericolo presunto: la sottrazione del bene culturale al suo circuito di circolazione “legittimo” comporta un pericolo per il suo valore storico e artistico, proiettato in una dimensione dinamica che valorizzi la sua fruibilità collettiva secondo le regole individuate dall’ordinamento.

In una dimensione per certi aspetti peculiare resterebbero le fattispecie del furto di opere d’arte e della contraffazione di opere d’arte.

Il furto di opere d’arte può forse continuare a restare attratto nella sfera di operatività della fattispecie comune, magari con una più specifica articolazione delle ipotesi aggravate. Non sembra in effetti che le peculiarità relative al valore storico o artistico del bene siano tali da giustificare una sua tutela differenziata per il mero fatto della sottrazione/impossessamento.

Considerazioni in parte analoghe valgono per la contraffazione di opere d’arte: la collocazione topografica più adeguata sembrerebbe doversi individuare nel codice penale anziché, come avviene attualmente, nella normativa di settore, inserendo la fattispecie in questione tra i delitti contro la fede pubblica.

Considerazioni conclusive

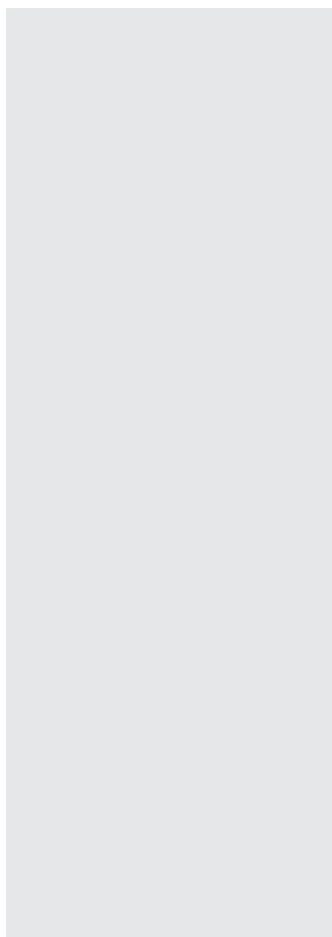
Una riforma organica del sistema penale posto a tutela del patrimonio culturale, *sub specie*, in particolare, di beni culturali, sembra dunque non solo possibile, ma anche opportuna. Senza cedere agli eccessi di una sterile panpenalizzazione, che a stento riuscirebbe ad andare oltre la mera risposta simbolica, sarebbe per contro necessario ridurre l’intervento penale entro i contorni dell’*extrema ratio*, valorizzando un consapevole riferimento alle modalità di aggressione del bene¹⁹ e affidandosi per il resto a una tutela di tipo amministrativo, da realizzare in fase repressiva ma anche e soprattutto preventiva²⁰.

Per quanto la considerazione possa suonare come banalmente ripetitiva, solo un intervento ispirato ai canoni della frammentarietà e della buona tecnica legislativa può utilmente riscrivere un settore caratterizzato da un sistema sanzionatorio inaccettabilmente stantio e anacronistico. Visto l’attuale stato di salute della penna del legislatore penale, una conclusione che faccia appello ai principi generali suona indubbiamente banale, ma, forse, non del tutto superflua.

¹⁹ S. MOCCIA, *Riflessione sulla tutela penale dei beni culturali*, cit., p. 1297.

²⁰ Così già F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, cit., p. 56.

FORMAZIONE FORENSE



L'accesso alla professione di avvocato: il tirocinio e gli esami

Valutazioni sul sistema delineato dalla legge n. 247 del 31 dicembre 2012 e dai Regolamenti di attuazione, con particolare riferimento alle nuove modalità di svolgimento degli esami

Raffaella Veniero

La legge n. 247/2012 ed i Regolamenti di attuazione degli art. 46, comma 6 e 7 (nuova disciplina degli esami), dell'art. 44 (disciplina dell'attività del praticantato presso gli uffici giudiziari), dell'art. 41, comma 13 (disciplina del tirocinio). Mancata adozione del regolamento previsto dall'art. 43 (obbligatorietà della frequenza delle scuole)

La legge 31 dicembre 2012, n. 247 «Nuova disciplina dell'ordinamento della Professione forense», di seguito legge, ha apportato notevoli innovazioni anche relativamente all'accesso alla professione, nell'intento sotto più profili di qualificare ulteriormente i giovani avvocati.

L'art. 46 della legge «Esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato» ha introdotto nuove modalità di svolgimento dell'esame di abilitazione alla professione. L'art. 49 della legge aveva previsto che per i primi due anni dalla data di entrata in vigore della legge l'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato si effettuasse, sia per quanto riguarda le prove scritte e le prove orali, sia per le modalità di esame, secondo le norme previgenti. Come noto tale termine è stato prorogato, e da ultimo nuovamente differito dalla legge n. 19 del 27 febbraio 2017, di conversione del decreto Milleproroghe (decreto legge 30 dicembre 2016, n. 244, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 304 del 30 dicembre 2016), che ha disposto «all'articolo 49, comma 1, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, la parola 'quattro' è sostituita dalla seguente '*cinque*'».

Nelle more, come previsto dall'art. 46, comma 6, della legge, è stato adottato e pubblicato in Gazzetta Ufficiale, il decreto Ministero Giustizia 25 febbraio 2016, n. 48, avente ad oggetto «Regolamento recante disciplina delle modalità e delle procedure per lo svolgimento dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense e per la valutazione delle prove scritte e orali», che dà attuazione alle disposizioni di cui all'art. 46 della legge di riforma. Sui contenuti dell'art. 46 e del decreto di attuazione, anche per qualche cenno sulla coerenza dell'intero sistema che si sta delineando, si tornerà più avanti.

L'art. 44 della legge «Frequenza di uffici giudiziari», prevede che: «1. L'attività di praticantato presso gli uffici giudiziari è disciplinata da apposito regolamento da emanare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, dal Ministro della giustizia, sentiti il Consiglio Superiore della Magistratura e il CNF».

In attuazione dell'art. 44 della l. n. 247/2012 è stato, inoltre adottato il d.m. n. 58 del 17 marzo 2016, «Regolamento recante disciplina dell'attività di praticantato del praticante avvocato presso gli uffici giudiziari» (e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 101 del 2 maggio 2016), che ha dettato la nuova disciplina del praticantato presso gli uffici giudiziari, stabilendo, in particolare, i requisiti e la durata del tirocinio.

L'art. 41 della legge, «Contenuti e modalità di svolgimento del tirocinio», al comma 1 ha chiarito la natura del tirocinio qualificandolo quale periodo di «addestramento, a contenuto teorico e pratico, del praticante avvocato finalizzato a fargli conseguire le capacità necessarie per l'esercizio della professione di avvocato e per la gestione di uno studio legale nonché a fargli apprendere e rispettare i principi etici e le regole deontologiche».

Su tale ultimo punto, peraltro, segnalo l'importanza della formazione dei praticanti anche in tema di deontologia, perché una nuova classe forense preparata a svolgere il delicato ruolo di mediatore dei conflitti presenti all'interno della società, deve rispettare le regole del proprio ordinamento ed attraverso il rispetto delle stesse deve garantire che l'esercizio dell'attività professionale sia sempre improntato al rispetto del magistrato, del cliente e dei Colleghi¹.

Infine l'art. 41, al comma 13, ha previsto l'emanazione da parte del Ministero della giustizia (sentito il CNF), di «un decreto che disciplinasse a) le modalità di svolgimento del tirocinio e le relative procedure di controllo da parte del competente consiglio dell'ordine; b) le ipotesi che giustificano l'interruzione del tirocinio, tenuto conto di situazioni riferibili all'età, alla salute, alla maternità e paternità del praticante avvocato, e le relative procedure di accertamento; c) i requisiti di validità dello svolgimento del tirocinio, in altro Paese dell'Unione europea».

In attuazione dell'art. 41, comma 13 è stato emanato il d.m. n. 70 del 17 marzo 2016 «Regolamento recante la disciplina per lo svolgimento del tirocinio per l'accesso alla professione forense ai sensi dell'art. 41, comma 13 della legge 31 dicembre 2012, n. 247», pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 116 del 19 maggio 2016 ed entrato in vigore il 3 giugno 2016, che all'art. 3 detta le «Modalità di svolgimento del tirocinio» prevedendo che «oltre che nella pratica svolta presso uno studio professionale, il tirocinio consiste anche nella frequenza obbligatoria e con profitto, per un periodo non inferiore a diciotto mesi, dei corsi di formazione di cui all'articolo 43 della legge 31 dicembre 2012, n. 247».

¹ Sul punto si segnala G. VITIELLO, *Ordinamento e deontologia forense*, Simone, Napoli 2004.

L'art. 43 della legge ha dettato disposizioni in ordine ai «Corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato»; in particolare la norma ha qualificato la natura dei corsi, ribadendo che gli stessi hanno la funzione di *formazione di indirizzo professionale* da tenersi da parte degli Ordini ed associazioni forensi, nonché dagli altri soggetti previsti dalla legge.

Qui va ricordato che l'art. 43, al comma 2, ha disposto che «Il Ministro della giustizia, sentito il CNF, disciplina con regolamento: a) le modalità e le condizioni per l'*istituzione* dei corsi di formazione di cui al comma 1 da parte degli ordini e delle associazioni forensi giudicate idonee, in maniera da garantire la libertà ed il pluralismo dell'offerta formativa e della relativa scelta individuale; b) i *contenuti formativi dei corsi di formazione* in modo da ricomprendervi, in quanto essenziali, l'insegnamento del linguaggio giuridico, la redazione degli atti giudiziari, la tecnica impugnatoria dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti amministrativi, la tecnica di redazione del parere stragiudiziale e la tecnica di ricerca; c) la *durata minima* dei corsi di formazione, prevedendo un carico didattico non inferiore a centosessanta ore per l'intero periodo; d) le *modalità e le condizioni per la frequenza* dei corsi di formazione da parte del praticante avvocato nonché quelle per le *verifiche intermedie e finale* del profitto, che sono affidate ad una commissione composta da avvocati, magistrati e docenti universitari, in modo da garantire omogeneità di giudizio su tutto il territorio nazionale. Ai componenti della commissione non sono riconosciuti compensi, indennità o gettoni di presenza».

L'esigenza di una formazione specifica per l'accesso alla professione era stata avvertita, da tempo dai Coa che direttamente, o attraverso le Fondazioni dagli stessi istituite, hanno attivato corsi di formazione per la formazione dei praticanti avvocato.

Nelle more dell'adozione del Regolamento, da cui discenderà l'obbligatorietà della frequenza delle scuole, il CNF, per il tramite della Scuola Superiore dell'Avvocatura, ha intrapreso un percorso volto a dare uniformità alla formazione sul piano nazionale, istituendo tavoli di lavoro con i responsabili delle Scuole territoriali, al fine di elaborare un testo indicativo sulle finalità dei corsi per l'accesso professionale, sui contenuti dei corsi, sulle metodologie, sulla struttura organizzativa, sui criteri di scelta dei docenti e sul sistema delle verifiche².

In considerazione della necessità che la Scuola (attualmente facoltativa ed in futuro obbligatoria) formi una nuova classe forense più consapevole del suo ruolo, e quindi più preparata, oltre a fornire agli allievi un'adeguata preparazione per l'esame, tale lavoro si è concluso con una indicazione condivisa in ordine all'offerta formativa delle scuole, nel senso che la stessa debba tenere

² Sul punto cfr. Lavori della SSA a cura del Vice Presidente della SSA, S. Sica, e della Consigliera delegata alle Scuole forensi, F. SORBI, *Corsi per l'accesso alla professione, riflessioni e suggerimenti pratici dei laboratori delle scuole forensi*, Roma 2016.

conto «dell'obiettivo già realizzato nella precedente esperienza, e cioè utilizzi in modo prevalente la metodologia necessaria a sviluppare oltre che saperi, abilità. Il tutto con insegnamento trasversale dei diritti umani fondamentali», non senza rilevare che non è possibile prescindere dall'offrire agli allievi gli strumenti per affrontare l'esame di Stato (pur non essendo obiettivo del corso).

In linea con tutto quanto sopra, gli atti del lavoro della SSA, nella parte relativa alla finalità dei corsi (che diventeranno obbligatori), hanno concluso «considerate le tre tipologie di sapere citate dal Prof. G. Pascuzzi³, per il quale il processo formativo deve fare apprendere il sapere, quale conoscenza dichiarativa, il sapere fare, quale abilità, ed il sapere essere quale competenza ad assumere il ruolo professionale voluto, il corso integrativo al tirocinio deve presupporre il sapere quale conoscenza degli istituti giuridici di diritto sostanziale e processuale appresi nel corso degli studi universitari, e deve mirare a fare acquisire le abilità dell'essere avvocato».

Il CNF, peraltro, nei sensi di cui sopra, ha osservato la bozza del decreto di attuazione dell'art. 43 (resa nota nel mese di dicembre 2015), ribadendo che scopo primario dei corsi che è quello della formazione dei giovani avvocati.

Infine, pur non intendendo, in questa sede, affrontare le questioni relative ai soggetti («associazioni forensi ed altri soggetti previsti dalla legge») che al pari dei COA e delle Fondazioni dagli stessi costituite saranno abilitati a svolgere le attività, ricordo che la obbligatorietà della frequenza dei corsi al fine di potere accedere all'esame di Stato, come è stato evidenziato nei lavori della SSA «pone il tema della disponibilità di corsi in misura tale da consentire ai laureati in giurisprudenza interessati di potersi iscrivere. Occorre tuttavia contemperare l'esigenza della disponibilità di corsi e della loro ricettività con l'efficacia degli insegnamenti in considerazione della proficuità della frequenza indicata dall'art. 43».

A giudizio di chi scrive è auspicabile una scuola pubblica, dei Coa, aperta a tutti i giovani e senza alcuna forma di preselezione all'accesso; i giovani devono trovare accoglienza presso le scuole dei COA, sede istituzionale della formazione dei giovani aspiranti avvocato.

La proficuità – anche in presenza di un maggior numero di iscritti – richiede prevalentemente capacità organizzative per costruire, in vista della obbligatorietà, adeguati “contenitori formativi” robusti, efficaci, e di qualità, capaci di essere riempiti di saperi ed abilità indispensabili per la formazione professionale⁴.

³ Cfr. G. PASCUZZI, *Avvocati formano avvocati. Guida all'insegnamento dei saperi forensi*, il Mulino, Bologna 2015.

⁴ R. VENIERO, *Intervento alla Conferenza della Scuola Forensi*, Roma 2013.

Il d.m. 25 febbraio 2016, n. 48, «Regolamento recante disciplina delle modalità e delle procedure per lo svolgimento dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense e per la valutazione delle prove scritte e orali»

Le nuove modalità organizzative

Il Regolamento detta disposizioni in ordine a controlli e sanzioni (art. 4, comma 3 ss.), stabilendo l'aumento dei controlli preliminari, anche mediante «schermatura» dei luoghi in cui si svolgono le prove, al fine di impedire l'utilizzo di congegni informatici⁵, prevedendo adeguate misure di vigilanza e controllo durante le prove che possono determinare l'esclusione del candidato che violi le prescrizioni cui tassativamente deve attenersi.

Quanto alla prova orale (art. 6⁶), anch'essa ridisegnata dal d.m. n. 48/2016, in conformità con quanto previsto dall'art. 46, co. 3, della legge forense, dal prossimo anno il colloquio verterà sulle seguenti materie: ordinamento e deontologia forense, diritto civile, diritto penale, processuale civile, diritto processuale penale, nonché su altre due materie, scelte preventivamente dal candidato tra diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto del lavoro, diritto commerciale, comunitario ed internazionale privato, tributario, ecclesiastico, ordinamento giudiziario e penitenziario. Nel complesso, quindi, aumentano le materie su cui i candidati dovranno sostenere gli orali, ed in particolare quelle obbligatorie (su cui gli aspiranti avvocati non avranno facoltà di scelta). In chiave di trasparenza, può essere letta la previsione di cui all'art. 6 del decreto, che prevede l'estrazione a sorte delle domande di esame⁷.

Il d.m. disciplina, poi, le modalità di consegna alle Commissioni di esame dei temi prescelti⁸, ed all'art. 4, co. 2⁹, stabilisce che il candidato, durante le

⁵ I locali in cui saranno svolti gli esami saranno sottoposti a «monitoraggio dello spettro radioelettrico con schermatura delle frequenze della telefonia cellulare e dei collegamenti wi-fi».

⁶ La prova orale sino ad oggi era costituita da un colloquio su cinque materie, di cui almeno una di diritto processuale, scelte preventivamente dal candidato tra diritto costituzionale, diritto civile, diritto commerciale, diritto del lavoro, diritto penale, diritto amministrativo, diritto tributario, diritto processuale civile, diritto processuale penale, diritto internazionale privato, diritto ecclesiastico e diritto comunitario (materia obbligatoria la deontologia professionale).

⁷ Il Ministero gestirà una banca dati da cui i commissari potranno attingere le domande da rivolgere ai candidati durante le prove orali. In tal modo, si è ritenuto, forse, di volere ridurre la disparità di trattamento tra gli esaminandi, atteso che le percentuali di studenti promossi ai colloqui oscillano in modo significativo tra le varie Corti d'Appello.

⁸ Le tracce per la redazione dei pareri e degli atti verranno trasmesse tramite posta elettronica certificata, dal Ministero della Giustizia direttamente al Presidente della Commissione distrettuale, nell'arco di tempo tra i 120 e i 60 minuti precedenti l'ora di inizio. I temi saranno protetti da un sistema di crittografia, e la segretezza sarà ulteriormente garantita dal fatto che la chiave per la decrittazione.

⁹ Art. 4, co. 2: «I candidati possono portare per la prova esclusivamente testi di legge stampati e pubblicati a cura di un editore, ivi incluso l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato. Il

prove, possa avere con sé esclusivamente testi di legge stampati e pubblicati a cura di un editore, ivi incluso l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato: i candidati, in sintesi non potranno (più), avvalersi dell'ausilio rappresentato dal codice annotato con la (sola) giurisprudenza, in precedenza, invece, consentito.

Il d.m., infine, riduce il tempo a disposizione dei candidati: per lo svolgimento di ogni prova scritta sono assegnate sei ore (anziché sette), dal momento della dettatura del tema.

Qui va precisato che si condivide pienamente lo spirito del Regolamento, e cioè dare maggiore trasparenza all'esame di abilitazione partendo dalla organizzazione; chiarissimo – per la tutela dei giovani che si preparino adeguatamente per sostenere l'esame di abilitazione, e quindi per quelli più meritevoli – anche l'intento del legislatore di prevenire qualsiasi irregolarità (dovuta anche alla utilizzazione di mezzi informatici), che, proprio perché non sempre prevenute, o non immediatamente individuate, o contestate al singolo candidato, determinano, poi, in sede di correzione, provvedimenti di annullamento di numerosi compiti (talvolta anche a discapito di coloro i quali abbiano elaborato il tema secondo le regole): piena, quindi, la condivisione dell'imposizione di precisi obblighi e divieti, con conseguenti sanzioni per il caso di mancato rispetto degli stessi.

La puntuale applicazione delle nuove procedure, nel loro complesso, deve, infatti, consentire ai candidati che si avvicinano alle prove con maggiore preparazione – anche attraverso la frequenza di corsi per la formazione oggi facoltativi – di potere emergere.

La riforma, sotto tale profilo, sopperisce ad una organizzazione approssimativa delle prove scritte e, quindi, alla mancata applicazione, in tutte le sedi di esame, di regole primarie a tutela della trasparenza; e con le modalità introdotte, pone la tecnologia a servizio della legalità e della trasparenza, principi cardini della azione amministrativa.

Le prove scritte e la modalità valutazione delle stesse: rilievi sulla incoerenza rispetto al percorso teorico-pratico per l'accesso all'esame

Nel delineato contesto – di non completa attuazione delle norme della legge – si colloca il d.m. n. 48/2016 che disciplina gli esami per l'abilitazione professionale, dando attuazione alle novità introdotte dall'art. 46 della legge forense rispetto alle modalità delle prove fino ad oggi seguite (come anticipato le nuove modalità troveranno applicazione a partire dal 2018).

Quanto alle prove scritte, il Regolamento prevede specifiche disposizioni per la formulazione dei “temi” da assegnare (art. 46, comma 1, lett. a), b) e c) della legge, parere in materia civile, parere in materia penale e atto giudiziario

timbro di riconoscimento della commissione distrettuale, la data in cui è effettuato il controllo ed il visto di uno dei suoi componenti sono apposti sulla prima di copertina dei testi di legge ammessi».

in materia scelta dal candidato tra il diritto civile, il diritto penale ed il diritto amministrativo).

Il Regolamento tra i suoi intenti, e nell'ambito del più ampio progetto di riforma della professione forense, ha quello di ridisegnare la figura del giovane avvocato, facendone un professionista dotato di una grande preparazione (ma, come meglio si dirà, teorica).

In questa chiave, verosimilmente, andrebbe letta la scelta di cui all'art. 46, co. 7, della legge 247/2012, attuato dal Regolamento, in ordine al divieto dell'uso dei codici commentati durante le prove scritte e di consentire l'uso dei soli testi di legge.

Non può, tuttavia, non rilevarsi che l'art. 3 del d.m. 48/2016, al comma 2, solo con riferimento alla prova di cui all'art. 46, comma 2, lett. c) della legge, prescrive che il tema debba essere formulato «in modo da permettere al candidato di dimostrare la conoscenza del diritto processuale, la sua applicazione pratica, le tecniche di redazione dell'atto, nonché la specifica capacità di versare nell'atto conoscenze di diritto sostanziale, unitamente alla dimostrazione di una adeguata capacità argomentativa».

Evidentemente, quindi, relativamente ai pareri di cui alle lett. a) e b) del medesimo decreto i candidati dovranno invece dimostrare (solo) la preparazione teorica: in sintesi, gli elaborati di cui alle lettere a) e b) dell'art. 46, comma 2 della legge, non saranno giudicati in base alle abilità raggiunte dal candidato, ma, solo, o prevalentemente, in base alle conoscenze teoriche dagli stessi acquisite durante il tirocinio¹⁰.

Tale previsione sembra, però, non considerare che anche il parere *pro-veritate*, nella realtà della professione, oltre ad inquadrare istituti da un punto di vista istituzionale, debba evidenziare in una logica di costi-benefici, eventuali azioni da porre (o non porre) in essere, o cui resistere, ed affrontare, e debba anch'esso pertanto fare emergere le abilità conseguite nel percorso del tirocinio, e la padronanza degli strumenti processuali (e dei relativi profili applicativi). Il candidato, quindi, dovrebbe anche per tali prove essere giudicato secondo quanto previsto per la redazione dell'atto giudiziario.

In tale senso evidenzio che l'art. 3 non appare coerente con i contenuti formativi essenziali dei corsi previsti dall'art. 43 comma 2 lett. b), della legge

¹⁰ E qui si rammenta che per l'abilitazione al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, dopo avere previsto la obbligatorietà della frequenza di n. 120 ore di lezione, di cui 20 decentrate, l'art. 9 del Regolamento del CNF n. 1 del 20 novembre 2015 "Regolamento per la formazione continua", quanto alle verifiche finali di idoneità, ai commi 3 e 4, ha previsto «3. La verifica si articola in una prova scritta, consistente nella scelta tra la redazione di un ricorso per cassazione in materia penale o civile o un atto di appello al Consiglio di Stato. 4. Nella valutazione degli esiti della prova, la Commissione tiene conto della maturità del candidato, dall'apprendimento delle materie oggetto del corso, oltre che dell'effettiva padronanza delle tecniche di redazione degli atti di patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori».

31 dicembre 2012 n. 247, e quindi con gli insegnamenti ivi previsti (linguaggio giuridico, redazione degli atti giudiziari, tecnica impugnatoria dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti amministrativi, tecnica di redazione del parere stragiudiziale, tecnica di ricerca), volti alla preparazione del giovane alla soluzione del caso concreto, piuttosto che ad una preparazione teorica, frutto di una didattica basata su lezioni di tipo tradizionale (frontali).

Non solo. Ed infatti la disposizione di cui all'art. 3, soprattutto se letta con quella di cui all'art. 4, comma 2 (che consente ai *candidati l'utilizzo solo dei testi di legge stampati e pubblicati a cura di un editore, ivi incluso l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato*), appare a maggiore ragione non coerente con il sistema complessivo delineato dalla legge professionale in ordine alla figura del giovane avvocato ed in ordine alle modalità e finalità del tirocinio stesso.

In sintesi le disposizioni della legge e del regolamento sulle prove e sulle modalità di valutazione delle stesse, nonché sui materiali consultabili, non consentono al candidato di dimostrare di saper fare buon uso degli strumenti propri della professione, e rischiano, peraltro, di determinare una involuzione della metodologia didattica nel tempo raggiunta dalle Scuole territoriali di intesa con la SSA, ribadita nella conferenza delle Scuole forensi del dicembre 2016, ritenuta migliore per la preparazione dei giovani avvocati.

Sul punto mi fa particolare piacere ricordare il Caro Maestro, prof. Giuseppe Abbamonte, che ha, nel tempo, ribadito e con vigore a numerose generazioni di discenti e di professionisti, che l'avvocato deve innanzitutto conoscere il fatto, e, quindi, studiare il fascicolo, leggendo ed esaminando con attenzione ogni documento; deve, poi, individuare le norme applicabili al caso concreto, quelle sostanziali e quelle processuali; e solo a questo punto può e deve procedere alla ricerca del (dei) precedente(i) giurisprudenziale(i) specifici. All'esito può iniziare a predisporre le difese.

Ed invece la nuova modalità di espletamento della prova, che non consente la consultazione della giurisprudenza, determina la impossibilità di quella fase indispensabile di studio (disamina della giurisprudenza); e ciò, non solo per "stare" nel precedente giurisprudenziale, avvalendosene, ma – ove occorra – anche per potere avanzare tesi difformi con i precedenti, che contribuiscono, nella professione, a determinare il mutamento della giurisprudenza.

L'avvocato che propone tesi, ed il magistrato che giudica tra le tesi contrapposte sottoposte alla sua attenzione, sono le due facce della giustizia ed il lavoro degli stessi è complementare – gli uni agli altri – per la realizzazione del corretto esercizio di una funzione pubblica di rilievo costituzionale, e cioè quella di rendere giustizia.

E perciò valorizzare solo in parte (nella terza prova) le abilità pratiche conseguite durante il tirocinio con la pratica presso l'avvocato e la frequenza di corsi di formazione, e non consentire l'utilizzo degli strumenti appropriati, contrasta con lo spirito della riforma, e cioè con la creazione di una nuova giovane classe forense preparata ed in grado di rinvenire sin dagli inizi della professio-

ne, le soluzioni sostanziali e processuali più idonee nella quotidianità della vita professionale (finalità dichiarata anche dei corsi di formazione).

In tale senso, plaudendo alla finalità della legge e del regolamento, che tendono a ridisegnare la figura del giovane avvocato quale professionista dotato di una buona preparazione, che gli consenta di affrontare sin dagli inizi la professione con le necessarie competenze ed abilità, non può, tuttavia, non segnalarsi, che le prove di esame come ridisegnate sembrano fare dell'esame di stato piuttosto un concorso pubblico.

Per tutte le ragioni descritte il nuovo esame potrebbe, peraltro, consentire maggiore possibilità di conseguire il titolo di abilitazione ai giovani che studiano per superare concorsi (quale quello in magistratura), per i quali viene richiesta una preparazione diversa, di tipo prevalentemente teorico. Ma all'abilitazione potrebbe non seguire l'esercizio della professione (o potrebbe seguire solo perché sono venute meno le reali aspirazioni).

E nei sensi di cui sopra, la nuova modalità potrebbe essere anche intesa quale una forma indiretta di limitazione dell'accesso alla professione proprio di quei giovani che si formino secondo le modalità previste dall'art. 43 della legge per acquisire il titolo per l'esercizio della professione.

Ma l'abilitazione alla professione di avvocato non è un concorso (dal cui superamento consegue la stabile acquisizione di una posizione di lavoro dipendente), ma, piuttosto la conclusione di un percorso di preparazione teorico-pratica, che, se favorevolmente superato, amplia la sfera giuridica soggettiva di colui o colei i quali vogliano, per il futuro, svolgere la attività professionale di avvocato, mediatore dei conflitti presenti nella società.

In conclusione, a mio avviso, i due aspetti della riforma, il tirocinio e le modalità di espletamento dell'esame e, quindi, di valorizzazione della preparazione teorico-pratica acquisita durante il percorso minimo di diciotto mesi, non risultano coerenti.

Auspico che il legislatore faccia propri i rilievi già formulati dal CNF sul testo in bozza del Decreto di attuazione dell'art. 43 della legge, e che dia attuazione a tale norma in modo da non arretrare le modalità di formazione dei giovani praticanti oggi in uso, che oramai da anni hanno fatto rilevare risultati favorevoli nella preparazione dei giovani aspiranti avvocato.

Mi auguro, peraltro, che la nuova proroga del termine di entrata in vigore dell'art. 46 (indicato nell'art. 49, e di recente nuovamente differito), denoti una riflessione in atto su quanto fin qui segnalato, e che tale riflessione possa cogliere, in una logica sistematica, punti della riforma che devono essere migliorati in funzione della coerenza tra i percorsi per l'accesso all'esame di abilitazione, e le modalità di espletamento delle prove, in uno a quelle di valutazione delle stesse.

Non vorrei che per il futuro, si dovesse, invece, adeguare il metodo di insegnamento delle scuole ad un modello di formazione prevalentemente teorico volto al superamento delle prove di esame: ciò, non solo non realizzerebbe il

vero spirito della riforma, ma rappresenterebbe per noi tutti, un inaccettabile arretramento sui contenuti della formazione dei giovani che aspirano a svolgere la professione di avvocato.

Abstract

The training of young practitioners attorney has taken a significant primary importance in the Law n. 247 of 31.12.2012, which has profoundly changed the profession's order. Young people need to do an internship for access to a qualifying examination that, when fully operational, provides besides the attendance at a legal office and the presence at the hearings, the frequency of mainly practical courses to prepare the young practitioners attorney. However, the new examinations foreseen by the Regulation no. 48/2016, implementing art. 46 of the Law, does not appear entirely consistent with the entire system established by the reform law.

Metodo casistico e teoria degli opposti

Origini e attualità della didattica forense

Elena Bettarello

Introduzione

L'attuale crisi del diritto, diffusasi anche nel campo del sapere giuridico, costituisce un punto di riflessione privilegiato sui sintomi della stessa.

In modo particolare, nel campo degli studi giuridici si segnala una relativa trascuratezza per la didattica e la formazione del giurista¹. Tematiche, queste ultime, invece di vitale importanza, posto che l'educazione costituisce un primo passaggio obbligato per chiunque intenda svolgere una professione, a maggior ragione intellettuale.

In ogni settore, metodi e contenuti della formazione dovrebbero adattarsi al tipo di professione poi svolta. In tema di educazione del giurista, risulta pertanto di primaria importanza avere riguardo alla *mission* di ogni professionista legale. Per quanto attiene all'avvocato, a discapito delle concettualizzazioni teoriche figlie di una visione restrittiva della professione, che lo vogliono ora puro teorico, ora puro pratico, egli dovrà essere formato quale figura *a metà* tra il teorico e il pratico, dal momento che è chiamato a porre in essere sia attività marcatamente intellettuali (si pensi a tutto quanto attiene allo studio della controversia ed alla predisposizione dell'atto), sia di carattere pratico, risolto della professione che si erge in tutta la sua centralità nel caso, *motus immotus* di tutta l'attività dell'operatore del settore giuridico.

Un buon metodo per la formazione di un giurista teorico-pratico potrebbe dunque essere costituito da una didattica approntata al caso, metodo senza ombra di dubbio innovativo in un contesto quale quello italiano, tuttavia ben conosciuto nei Paesi di *common law* e figlio della cultura giuridica altomedievale.

Il caso costituisce l'approdo naturale dalla riflessione sugli opposti, sui quali si incardina la controversia. L'opposizione costituisce un momento ineliminabile dell'esperienza, posta la fisiologica necessità per ogni uomo di interrelarsi ad altri uomini per vivere², oltreché la naturale diversità tra ogni persona, cosa

¹ Cfr. F. GALGANO - F. GRANDE STEVENS, *La formazione culturale dell'avvocato*, in *Manualetto forense. Ordinamento, Previdenza, Deontologia e Formazione forensi*, Cedam, Padova 2001, p. 78; cfr. F. LOMBARDI, *Prospettive per una nuova metodologia didattica*, in AA.VV. *L'insegnamento del diritto oggi*, a cura di G. REBUFFA - G. VISINTINI, Giuffré, Milano 1996, p. 246.

² Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomenologia giuridica*, Giuffré, Milano 1985.

che comporta il diversificarsi delle opinioni di ciascuno. L'opposizione pertanto non si configura come un tratto negativo dell'esistenza, essendone invece parte costitutiva. Basti pensare che da un punto di vista etimologico, la radice del verbo Greco *existhemi* rimanda proprio all'idea dello stagliarsi rispetto alla massa, dunque del differenziarsi.

L'opporsi tra consociati potrebbe qualificarsi quale elemento negativo dell'esistenza solo laddove venisse portato all'estremo, al punto tale da tralasciare la violenza. Da ciò nasce l'esigenza di amministrare scientemente gli opposti, per giungere ad una soluzione condivisa tra le parti.

Nel presente scritto, dopo avere dato conto della valenza del metodo casistico, approfondiremo il tema delle obiezioni e dell'utilità delle medesime a fini didattici, per approdare all'analisi delle radici storiche del *case method* e giungere, infine, all'analisi del metodo casistico nelle scuole di *common law*.

Il metodo casistico

L'esperienza quotidiana e la vita dei tribunali dimostrano come l'avvocato riveste il ruolo di osservatore privilegiato del conflitto intersoggettivo costituente il problema dei consociati, il cui meccanismo di risoluzione è rappresentato dal processo³.

Il problema delle parti in processo è costituito dal loro essere portatrici di due opinioni opposte che sono incapaci di conciliare da sé, talché esse, in persona dei propri avvocati, affidano la soluzione del problema ad un terzo giudicante.

Tanto l'avvocato che pianifica la difesa del cliente, quanto il giudice che deve pronunciarsi sulla causa, stabilendo chi abbia torto e chi ragione, devono essere in grado di cogliere l'intelligenza del caso.

A tal fine, per un più efficace intervento nella vita professionale, può risultare utile un "allenamento preventivo" in fase di formazione nel c.d. *ginnasio forense*⁴.

In tale sede, posto che il problema dell'avvocato si manifesta sempre sotto forma di un caso, può essere molto efficace fare affidamento ad una strategia didattica quale quella casistica, tipica delle *schools of law* nordamericane e che trova il proprio antecedente storico nel metodo prudenziale romano⁵, prima, e nella *disputatio* di *quaestiones*, poi. Non a caso, il termine latino *quaestio* significa *domanda* ed esso corrisponde al caso che costituisce un problema e viene

³ Cfr. G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, il Mulino, Bologna 2013², p. 87.

⁴ Cfr. M. MANZIN, *La formazione dei formatori. Come s'insegna nel "ginnasio forense"*, in AA.VV., *Educazione Forense. Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. MORO, EUT, Trieste 2011.

⁵ Cfr. L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Cedam, Padova 2006; cfr. L. FRANCHINI, *Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e common law*, in www.dirittoestoria.it.

proposto a qualcuno per individuarne la soluzione, come avallato (per esempio) dall'art. 384 c.p.c., il quale dispone che «La Corte [di Cassazione] enuncia il principio di diritto [...] e in ogni altro caso in cui [...] risolve una questione di diritto di particolare importanza»⁶.

Come si evince dal suo appellativo, il cuore pulsante della strategia didattica di cui è parola è costituito dal *caso*, che può essere tanto una fattispecie fantasiosa elaborata dal docente per indurre gli studenti a trovare la soluzione ad un problema giuridico, applicando il sapere giuridico appreso, quanto un episodio realmente accaduto, così come tradursi in una analisi giurisprudenziale⁷.

La discussione del caso nelle predette accezioni può sia costituire il metodo didattico esclusivo, atto a far assumere un ruolo attivo al discente, sia combinarsi alla tradizionale lezione frontale, in quest'ultimo caso anche solo per rendere edotti gli allievi in merito e stimolarne la riflessione sul *revirement* giurisprudenziale⁸.

La risoluzione del caso-problema giuridico si svolge per fasi consecutive⁹.

Il primo *step* è costituito dal riconoscimento del problema. L'avvocato dovrà preliminarmente riconoscere il giuridico che c'è nel mondo, cioè trasformare la narrazione del cliente in un fatto suscettibile di essere eventualmente portato alla attenzione del giudice¹⁰.

Già Cicerone, nel *De Oratore*¹¹, asseriva che prima di accingersi a trovare una soluzione per risolvere il caso, bisogna individuare lo *status causae* cioè il punto di frizione, cioè il *problema* delle parti. L'elemento fondante, costitutivo del caso è infatti lo scontro tra posizioni opposte, divergenti. Quindi, fase primaria per addivenire alla soluzione del caso è proprio fare luce sulle reciproche posizioni dei contendenti, al fine di capire in quale modo esse si oppongono.

Secondariamente, bisognerà individuare «*quod firmamentum causae sit*»¹², cioè la regola del caso del concreto, ovvero ciò che dà sostegno e fondamento all'esprimendo giudizio.

Infine, mettendo assieme i risultati dei due momenti precedenti, bisogna applicare al problema il sapere appreso. Quest'ultima operazione non è tuttavia assiomatica, frutto di un sillogismo, riconducibile ad un algoritmo, che conduce alla applicazione della regola così come scritta dal legislatore, ma implica un ragiona-

⁶ Cfr. G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, il Mulino, Bologna 2013², p. 87.

⁷ Cfr. G. PASCUZZI, *Cosa intendiamo per "metodo casistico"?*, Trento Law and Technology Research Group - Research Paper n. 29, Trento 2016, pp. 2-3.

⁸ Cfr. G. PASCUZZI, *Avvocati formano avvocati*, il Mulino, Bologna 2015.

⁹ Cfr. G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa*, cit.

¹⁰ Cfr. Id., *Cosa intendiamo per "metodo casistico"?*, cit., pp. 11-12.

¹¹ Cfr. CICERONE, *Opere retoriche. Volume primo. De Oratore, Brutus, Orator*, a cura di G. NORCIO, Utet, Milano 1976.

¹² Cfr. CICERONE, *L'invenzione retorica*, I, 18, a cura di A. PACITTI, Mondadori, Milano 1968.

mento, che prenda *funditus* in considerazione la disposizione che ci si accinge ad applicare, ad esempio andando a verificare se essa, nel caso *de quo*, soffra delle eccezioni ovvero se abbia formato oggetto di interventi giurisprudenziali recenti, che ne hanno in qualche modo ridimensionato la portata applicativa.

La regola deve fungere solamente da *adiutrix et testis*¹³ (assistente e testimone) dello sviluppo dell'argomentazione sul caso concreto.

In altre parole, l'applicazione della regola deve avvenire secondo un metodo retorico-dialettico (lo stesso che deve essere utilizzato per individuare lo *status causae*), e non attraverso gli automatismi del sillogismo giudiziale.

Sebbene sia evidente che il caso (e, dunque, l'elemento costitutivo del medesimo, vale a dire: le opposizioni) rappresenta l'oggetto principale se non esclusivo della professione dell'avvocato, il metodo formativo c.d. casistico continua ad essere pressoché sconosciuto nel panorama formativo del giurista italiano, votato quasi esclusivamente ad un insegnamento teorico di stampo pandettistico, basato sulla lezione *ex cathedra*¹⁴.

È l'università il luogo deputato alla formazione del giurista, tuttavia il sapere trasmesso nelle aule universitarie ha un carattere teorico e generale: la pratica, la casistica, il saper fare del giurista sembrano dover scaturire automaticamente dal quadro dei principi¹⁵.

La genesi teoretica del metodo casistico: il giudizio come luogo delle obiezioni

Come poc'anzi osservato, l'elemento costitutivo del problema giuridico, del caso cioè, è lo scontro tra posizioni divergenti, tra obiezioni.

Il luogo ove queste vengono messe a confronto innanzi ad un soggetto terzo ed imparziale, chiamato a comporrele ordinatamente affinché i cittadini non vengano alle armi, è costituito dal processo.

Un'affermazione di tal genere trova il conforto della filosofia classica, infatti «per Aristotele, la comprensione dell'esperienza giuridica è retorica quando si definisce questa metodologia come amministrazione logica degli opposti»¹⁶ mentre Eraclito asseriva che «la giustizia è controversia» e che «tutte le cose sorgono secondo la controversia»¹⁷.

Gli opposti, dunque, vivono nel giudizio, laddove si disputa la controversia che ne è l'origine e nell'ambito della quale viene composto il conflitto tra i medesimi.

¹³ Cfr. CICERONE, *Topica*, 95-96, a cura di G.G. TISSONI, Mondadori, Milano 1973, pp. 258 ss.

¹⁴ Cfr. art. 20, comma 7, d.lgs. 1592/1933; Cfr. G. FLORIDIA, *La formazione del giurista per l'esercizio delle professioni*, in *Iustitia*, 2/2006, pp. 240 ss.; cfr. N. PICARDI, *L'educazione giuridica, oggi*, in *Rivista int. fil. dir.*, 3/2008, pp. 365 ss.

¹⁵ Cfr. P. COSTA, *Quale formazione? Per quale giurista?*, in digspes.unipmn.it/.

¹⁶ Cfr. P. MORO, *Fondamenti di retorica forense. Teoria e metodo della scrittura difensiva*, Editrice Al Segno, Pordenone 2004, p. 183.

¹⁷ Cfr. G. COLLI, *La sapienza greca*, III, Adelphi, Milano 1993.

Riconoscere l'opposizione è essenziale: la giustizia, infatti, si darà solamente in termini di alterità. Il problema della giustizia od ingiustizia di un comportamento si pone solo nell'ambito della relazione con l'altro. Solo nella concreta relazione tra le parti emerge la formula processuale "contrattuale" o "commutativa", in forza della quale il giudice per "dare a ciascuno il suo" (secondo la celebre definizione di giustizia data da Ulpiano in *Digesto* 1.1.10) deve per prima cosa guardare alla posizione delle parti nel rapporto concreto, l'applicazione della norma seguendo tale analisi del caso reale¹⁸.

Ma accanto alla relazione ed all'opposizione, va riconosciuto anche un elemento comune alle parti, il che emerge nella formula del processo c.d. "distributiva" o "politica" che implica l'intelligenza del bene in comune e l'intelligenza in comune del bene¹⁹.

Per comprendere l'opposizione bisogna comprendere anche che tra le parti esiste un terreno comune, che è proprio ciò che permette al giudice di arrivare alla soluzione della controversia, eliminando ciò che divide le parti e facendo luce su ciò che invece le accomuna.

L'opposizione tra le parti è la condizione ontologica del sistema processuale c.d. *accusatorio* ed è uno strumento accertante, cioè in grado di far aumentare la nostra conoscenza poiché sottopone alla propria negazione ogni ragionamento che viene portato a sostegno di una pretesa, per far emergere il tipo di opposizione che sussiste col ragionamento dell'avversario, e rendere evidenti i profili di contraddittorietà²⁰, risultati questi irraggiungibili per la strada del sillogismo analitico-deduttivo, ad ennesima riprova della sua scarsa utilità in campo giuridico.

Il metodo migliore per superare le obiezioni è rappresentato dal metodo retorico, nel suo fondamento dialettico, stante la sua idoneità alla «esplorazione di tutte le possibilità in tutti i sensi»²¹, nonché alla confusione di obiezioni. È proprio l'applicazione del metodo in parola a consentire che la naturale e non eliminabile opposizione tra gli uomini non sfoci nel caos della violenza.

La dottrina degli opposti in Aristotele

Uno spunto interessante di riflessione sul caso viene dalla dottrina in materia di opposti di matrice aristotelica.

Il tema degli opposti affonda le proprie radici nella filosofia eraclitea. Si trova infatti traccia delle opposizioni, chiamate *contrari*, già in diversi frammenti dell'Efesino.

¹⁸ F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova 2006, pp. 146-147.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. P. SOMMAGGIO, *La via italiana al modello processuale 'adversarial'*, in *Jus*, 3/2015, p. 292.

²¹ Cfr. PLATONE, *Parmenide*, 136e, in *Dialoghi filosofici*, volume II, a cura di G. CAMBIANO, Utet, Milano 1981.

Nessun contrario può esistere senza il suo opposto col quale è in lotta continua: «Congiungimenti sono intero e non intero, concorde discorde, armonico disarmonico, e da tutte le cose l'uno e dall'uno tutte le cose» (DK 22 B 10) [Colli]²²; «una e la stessa è la via all'in su e la via all'in giù» (DK 22 B 51) [Colli]²³.

Gli uomini, tuttavia, non riescono ad afferrare che l'armonia del mondo è data dalla unità degli opposti in costante conflitto: «Non comprendono come, pur discordando in se stesso, è concorde: armonia contrastante, come quella dell'arco e della lira» (DK B 60) [Colli]²⁴; «L'opposto concorde e dai discorsi bellissima armonia» (DK 22 B 8) [Colli]²⁵.

Il tema dell'obiezione, o dell'opposizione, viene poi ripreso da Platone ed introdotto nella sua Accademia, dove viene sviluppato, oralmente o per iscritto, da diversi Accademici, come Speusippo, Senocrate ed il più noto Aristotele.

È anzi proprio alla logica aristotelica che si devono i maggiori approfondimenti in materia di *dottrina* (o *teoria*) *degli opposti*.

Lo Stagirita studia la questione delle obiezioni in maniera piuttosto frammentaria in diversi luoghi del proprio *corpus*: anzitutto, nelle *Categorie*; in seconda battuta nei libri E - Epsilon - (V) e I - Iota - (X) della *Metafisica*; poi, in alcuni passi del *De Interpretatione*; infine, in un trattato andato perduto e del quale ci ha trasmesso alcuni frammenti Simplicio, intitolato *Sui Contrari*²⁶.

Nel X libro delle *Categorie*, Aristotele individua anzitutto due forme di opposizione²⁷, cioè quella tra termini – indicanti *singoli enti* – e quella tra proposizioni – indicanti invece i *rapporti tra enti*.

Lo Stagirita cataloga poi le varie forme di obiezione.

Anzitutto, le obiezioni possono coinvolgere *termini relativi* (*tà pròs ti*), ossia termini che si implicano reciprocamente o non possono stare l'uno senza l'altro, come il *doppio* con il *mezzo* o la *scienza* con lo *scibile*²⁸. Essi hanno un intermedio solo se possono essere sovrapposti ai contrari²⁹.

Il secondo tipo di opposizione è quello fra *termini contrari* (*tà enantia*), cioè termini appartenenti al medesimo genere (che è l'elemento comune e in-

²² Cfr. G. COLLI, *La sapienza greca*, III, cit.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cfr. E. BERTI, *Il principio di non contraddizione, la teoria dei tipi di opposizione e i diversi usi della dialettica in Aristotele*, in ID., *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, L'Epos, Palermo 1987, pp. 103 ss.

²⁷ Cfr. E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., pp. 121 ss.; cfr. C. NATALI, *Struttura e organizzazione del trattato aristotelico detto Categorie*, in AA.VV., *Studi sulle Categorie di Aristotele*, a cura di M. BONELLI - F.G. MASI, Hakkert, Amsterdam 2011.

²⁸ Cfr. E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., p. 122.

²⁹ Cfr. R. CHIARADONNA, *I contrari e i termini intermedi (Metaphysica Iota 7)*, in AA.VV., *Il libro Iota (X) della Metafisica di Aristotele*, a cura di B. CENTRONE, Verlag, Sankt Augustin 2005, p. 160.

variante tra specie contrarie³⁰) ma massimamente lontani, come il *bianco* e il *nero* fra i *colori* oppure la *bontà* e la *cattiveria* tra le *qualità morali*³¹. Già nelle *Categorie* Aristotele definiva i contrari in questo modo, cioè come «le cose più distanti l'una dall'altra tra quelle che sono nello stesso genere»³². L'appartenenza ad un genere comune fa sì che questi termini, pur lontanissimi, possano, come è nella più parte dei casi, avere un termine intermedio; ad es., il colore *grigio* nel caso di cui sopra.

Aristotele dedica ai contrari il capitolo settimo del libro *Iota* della *Metafisica*, in apertura del quale afferma che: «Poiché fra contrari può esserci un termine intermedio [*metaxù*], e, in alcuni casi, c'è effettivamente, è necessario che questi termini intermedi siano composti da contrari»³³. Da ciò si ricava che³⁴: A) gli intermedi sono contrari e B) gli intermedi sono (in qualche modo) composti dai termini contrari di cui sono intermedi. I *metaxù* appartengono allo stesso genere cui appartengono i contrari rispetto cui sono intermedi e sono delle tappe intermedie nel passaggio da un estremo all'altro del cambiamento, come emerge anche nella *Fisica* laddove (E 3, 226 b 23-25) Aristotele afferma che: «È intermedio ciò a cui per natura perviene ciò che muta prima di pervenire all'estremo verso cui muta, mutando per natura in modo continuo», sicché l'intermedio è il termine mediano nel continuo cambiamento di una cosa da un contrario all'altro³⁵.

Altresì, vi sono obiezioni *per possesso e privazione* (*stèresis kaèxis*), vale a dire rispettivamente la mancanza e la presenza in un qualche sostrato di qualcosa che per natura dovrebbe invece esserci, per esempio la *vista* e la *cecità* in un occhio³⁶. Pur appartenendo ad uno stesso genere, questi termini non conoscono un intermedio, salvo (pare) quando possono essere sovrapposti ai contrari³⁷.

Infine, Aristotele riconosce l'opposizione tra *affermazione e negazione* (overosia, *contraddizione*) (*katàfasis kài apòì fasis*). In questo caso, un termine è la negazione dell'altro; per esempio: *essere* e *non essere*; *bianco* e *non bianco*; *ente* e *non ente*... Dal momento che i termini *de quibus* non appartengono ad uno stesso genere, allora essi sono privi di qualsivoglia intermedio³⁸; non solo: dal momento che il termine positivo (es. *essere*) indica una parte e il termine negativo (es. *non essere*) tutto il resto, allora le opposizioni per contradditto-

³⁰ *Ivi*, p. 164.

³¹ Cfr. E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., p. 122.

³² Cfr. R. CHIARADONNA, *op. cit.*, p. 160.

³³ Cfr. ARISTOTELE, *Metafisica*, I, 7, 1057 a18-19, a cura di G. REALE, Rusconi Libri, Santarcangelo di Romagna (RN) 1993.

³⁴ Cfr. R. CHIARADONNA, *op. cit.*, pp. 157 ss.

³⁵ *Ivi*, p. 159 e 161.

³⁶ Cfr. E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., p. 122.

³⁷ Cfr. R. CHIARADONNA, *op. cit.*, p. 160.

³⁸ Anche *ivi*, p. 160.

rietà esauriscono tutta la realtà e non vedono l'applicazione del principio del terzo escluso.

Similmente, nel libro E - *Epsilon* - (V) della Metafisica il filosofo di Stagira riprende il succitato tetralogo delle *Categorie* e lo amplia, aggiungendo altri tipi di opposizione, ad esempio quella tra *identico* e *diverso*, tra *uguale* e *disuguale*, tra *simile* e *dissimile*³⁹; la quadripartizione delle opposizioni di cui alle *Categorie* viene riformulata «secondo una determinatezza crescente ed una crescente universalità» onde per cui ne risulta che i termini relativi sono dei contrari che si implicano reciprocamente; i termini contrari costituiscono invece un caso di privazione e possesso in cui è raggiunta la distanza, cioè la differenza, massima; ed, infine, la relazione di privazione e possesso si configura come una contraddizione nell'ambito dello stesso genere⁴⁰.

Per quanto attiene, più nello specifico, l'opposizione tra proposizioni, lo Stagirita, nel trattato più tardi intitolato *De Interpretatione*⁴¹, dopo avere distinto tra discorsi *enunciativi*, cioè suscettibili di essere veri o falsi, e discorsi, quali ad esempio la preghiera, *performativi*⁴², cioè né veri né falsi, separa le proposizioni contraddittorie (*antifatikòs*) da quelle contrarie (*enantios*).

Due proposizioni sono contraddittorie quando l'una delle due è positiva, l'altra, invece, è negativa, ed il soggetto della prima è preso come universale, mentre quello della seconda come particolare, ad esempio: «ogni [soggetto universale] uomo è [affermazione] bianco» e «qualche [soggetto particolare] uomo non è [negazione] bianco»⁴³ sono due proposizioni contraddittorie. Il rapporto tra proposizioni di questo tipo è tale che ad esso si applica il principio del terzo escluso (p.d.t.e.), secondo cui «fra i due termini contraddittori non può esserci un termine intermedio»⁴⁴, sicché necessariamente una sarà vera ed una falsa. Considerata, poi, la struttura delle proposizioni in parola, emerge che l'opera di confutazione delle medesime è assai ardua, poiché essa non è possibile semplicemente per il tramite del rinvenimento di un esempio contrario, a differenza di quanto accade per le proposizioni tra loro contrarie.

Si dicono “contrarie”, invece, quelle proposizioni, delle quali, ancora una volta, una è negativa e l'altra positiva, ma i cui soggetti sono entrambi universali: «ogni [soggetto universale] uomo è [affermazione] bianco» e «ogni [soggetto universale] uomo non è [negazione] bianco»⁴⁵. Queste proposizioni in quanto

³⁹ Cfr. E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., pp. 123 ss.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Cfr. ARISTOTELE, *De Interpretatione*, a cura di E. RIONDATO, Antenore, Roma-Padova 1957.

⁴² Cfr. J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, a cura di C. PENCO - M. SBISA, Marietti, Genova 1997.

⁴³ Cfr. E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., p. 125.

⁴⁴ Cfr. ARISTOTELE, *Metafisica*, Γ, 1011 b, 21-22, a cura di G. REALE, Rusconi, Santarcangelo di Romagna (RN) 1993.

⁴⁵ Cfr. E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., p. 125.

incompatibili danno luogo ad una contraddizione reciproca che va contro al principio di non contraddizione; inoltre, esse non possono vedere applicato il principio del terzo escluso, poiché, se non possono essere entrambe vere, tuttavia possono essere entrambe false. Nondimeno, sebbene il p.d.t.e. non sia applicabile a due proposizioni tra loro contrarie, tuttavia esso potrà essere applicato nel rapporto intercorrente tra ciascuna delle due e la sua rispettiva contraddittoria⁴⁶.

Esemplificando: data la proposizione A «ogni uomo è bianco» e la sua contraria B «qualche uomo non è bianco», tra esse non è possibile applicare il p.d.t.e. Consideriamo ora una terza proposizione C, ad es. «ogni uomo non è bianco», che contraddice la proposizione A «ogni uomo è bianco», ed una quarta proposizione D, «qualche uomo è bianco» che invece contraddice la proposizione B; ne risulta che date A e B (contrarie) e C e D (in contraddizione rispettivamente con A e B), C e D si equivalgono e che, fermo quanto detto prima, se si riesce a dimostrare la falsità di entrambe le proposizioni contrarie (cioè, nell'esempio, A e B), allora automaticamente è dimostrato che le proposizioni contraddittorie a ciascuna di esse (cioè C e D) sono vere.

Alcuni esempi di obiezioni in giudizio

Le categorie di opposti individuate da Aristotele emergono di tutta evidenza in giudizio.

A titolo d'esempio, gli *opposti per relazione* emergono precipuamente nei casi in materia di diritto di famiglia. In questo settore del diritto civile, infatti, risulta difficile comprendere lo *status* giuridico dei soggetti che ne sono coinvolti, se li si considera *uti singuli*. E così, ad esempio, non vi è “figlio” senza “padre” o “madre”, e viceversa; non vi è “responsabilità genitoriale” senza istituto della “filiazione”; parimenti, non si possono comprendere gli istituti della separazione o del divorzio, svincolandoli dal matrimonio.

Gli articoli 1423 e 1451, invece, possono costituire dei buoni esempi di *opposti per contraddittorietà*; infatti, l'art. 1423 decreta l'incompatibilità dell'istituto giuridico della conversione rispetto ai contratti nulli, fatta salva la convalida di cui all'articolo successivo; l'articolo 1451, invece, esclude la convalida dei contratti rescindibili.

E ancora, gli istituti della rescissione per lesione (art. 1448 cod. civ.) e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (ex art. 1469 cod. civ.) sono assolutamente incompatibili con i contratti aleatori.

Quanto agli *opposti per contrarietà*, se ne può individuare la presenza anche *a posteriori*, avuto riguardo alla risoluzione del caso concreto. Laddove infatti sussistano i presupposti per la mediazione, la cui struttura di tipo *win-win* consente di ricercare e fare emergere delle vere e proprie sintesi tra gli argo-

⁴⁶ Cfr. E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., pp. 125 ss.

menti in conflitto⁴⁷, ci si trova in presenza di delle opposizioni che, in quanto fondate su di un sostrato comune, consentono di individuare l'elemento loro intermedio. Ancora, la sentenza di condanna dell'imputato (cfr. art. 533 c.p.p.), con contestuale applicazione di una attenuante, può validamente fare emergere la struttura delle opposizioni per contrarietà, in quanto una sentenza di condanna con attenuanti (cfr. artt. 62, 62-bis, 63, 65 c.p.) si muove su un terreno unico (la colpevolezza dell'imputato), pur ricomprendendo in sé due momenti massimamente lontani quali sono quelli della colpevolezza e dell'innocenza.

Si possono infine rinvenire delle ipotesi di *opposizione per possesso e privazione* in materia di proprietà e diritti reali limitati. L'art. 832 cod. civ., infatti, nel descrivere il contenuto del diritto di proprietà, ne afferma la pienezza ed assolutezza, dal momento che il proprietario ha il diritto di «godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo». Tuttavia, questa pienezza subisce una compressione nel momento stesso nel quale il proprietario addiviene alla costituzione di un diritto di godimento sul proprio bene in favore di terzi, privandosi in tal modo di talune delle facoltà che gli spetterebbero in quanto titolare di un diritto caratterizzato da una notevole ampiezza.

Ne sono esempi: anzitutto, la costituzione di un qualunque tipo di servitù; poi, la costituzione del diritto di uso e di usufrutto; ancora, la costituzione del diritto di enfiteusi; infine, la costituzione del diritto di abitazione.

Ma in giudizio si appalesano anche le obiezioni c.d. del retore, frutto dell'elaborazione di Francesco Cavalla⁴⁸

Il Professore patavino individua quattro forme di opposizioni (od obiezioni) del retore e suggerisce parallelamente l'utilizzo di una forma specifica di retorica volta a superamento delle stesse.

Il primo tipo di obiezione è la c.d. *obiezione per trascuranza*, cioè per totale indifferenza. Essa non implica una negazione del discorso ascoltato, né il sostegno di una proposizione alternativa rispetto a quella rifiutata, ma, più semplicemente, un rifiuto di ascoltare, cioè di uscire dal proprio campo di elezione, che a livello fenomenico si manifesta in disattenzione, noia, rifiuto ad interessarsi⁴⁹. L'attività di superamento dell'obiezione per indifferenza (o trascuranza che dir si voglia) si sostanzia nell'ottenere considerazione, ancor prima di iniziare il discorso, facendolo apparire piacevole e degno di essere

⁴⁷ Cfr. F. REGGIO, "Norma del caso" e soluzioni concordate della controversia in ambito civile. Alcune riflessioni su una 'zona limite' della positività giuridica, in AA.Vv., *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, a cura di P. MORO - C. SARRA, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 217 ss.

⁴⁸ Cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in AA.Vv., *Retorica, Processo, Verità. Principi di filosofia forense*, a cura di F. CAVALLA, Franco Angeli, Milano 2007, p. 44; cfr. C. SARRA, *La dimostrazione retorica: analisi di un'arringa contemporanea*, in AA.Vv., *Retorica, Processo, Verità. Principi di filosofia forense*, cit.

⁴⁹ Cfr. F. CAVALLA, *op. cit.*, pp. 45 ss.

considerato⁵⁰. La soluzione di fronte alla indifferenza dell'uditorio è fornita dalla retorica c.d. *estetica*, la quale attiene proprio alle modalità per rendere un discorso, come diceva Cicerone, *ornatus*, di modo tale che esso sia in grado di suscitare una certa predisposizione all'ascolto, che sia bello, nel senso di *stimabile*, come evidenzia l'etimologia del termine estetico che ha la stessa radice del verbo *aisthànomai*, percepire, stimare.

Riconosciamo in secondo luogo l'*obiezione per ignoranza*. La situazione qui prospettata è quella del retore che si trovi innanzi un pubblico che non conosce o non capisce il contenuto del suo discorso. A differenza dell'ipotesi precedente, il discorso già è stato accettato dal pubblico, il quale tuttavia ancora non sa se il suo contenuto sia possibile, essendo il pubblico privo della maturità e/o cultura necessarie a comprenderlo⁵¹. Il mezzo per superare questa obiezione è costituito da quella particolare forma di retorica che è la retorica c.d. *didascalica*, propria del docente; il docente dovrà fare uso di conoscenze comuni a sé e agli allievi ed attinenti a quanto vuole insegnare, servendosi di raffigurazioni, rinvii ad elementi già noti, linguaggi idonei a suscitare emozioni, metafore, con lo scopo di ottenere non l'approvazione degli allievi, la quale altro non è che un atto di fiducia, ma la comprensione⁵².

La terza forma di obiezione è nota come *obiezione di dubbio generico*. In tal caso, l'uditorio si pone in una posizione di neutralità rispetto al discorso svolto, ciò vale a dire che non ha argomenti per approvare quanto sentito, ma neanche per disapprovarlo e dunque chiede al retore di motivare quanto ha detto, nutrendo dei dubbi sulla sua effettiva o corretta motivazione. *Quid?* Il bravo retore dovrà precisare perché le premesse del proprio discorso sono idonee e preferibili ad altre possibili⁵³, e per fare ciò dovrà servirsi del repertorio dei c.d. *luoghi comuni* o *tòpoi*.

Infine, si può avere anche un'*obiezione di dubbio specifico*⁵⁴. Per meglio comprenderne la portata, ricordiamo la struttura base dell'agone retorico, nell'ambito del quale si oppongono (almeno) due discorsi, che partono da certe premesse e vengono motivati in una certa maniera. Ora, se l'uditore pur avendo compreso il discorso dell'avversario e sapendo che è possibile, tuttavia oppone una diversa premessa, in grado di essere motivata e sorreggere una conclusione, ecco che all'oratore si presenta il quarto tipo di obiezione, c.d. *per dubbio specifico*, finalizzata alla eliminazione del discorso opposto. Per superare questa obiezione bisognerà fare uso della confutazione (retorica confutatoria), dimostrando che la premessa avversaria è inconsistente, e di conseguenza che ciò che è stato posto è unico.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ivi*, pp. 48 ss.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ivi*, pp. 51 ss.

⁵⁴ *Ivi*, pp. 75 ss.

L'origine storica del metodo casistico: la *disputatio di quaestiones*

La confusione a fini didattici delle obiezioni (*in primis* delle obiezioni in senso aristotelico) era già conosciuta nell'Età di Mezzo, quando la formazione del giurista passava per la c.d. *disputatio di quaestiones*, vero e proprio antesignano del metodo casistico.

La pratica del *disputare questiones*, tipica dell'istruzione del giurista altomedievale, rappresenta anzi la radice del cosiddetto metodo casistico.

Dal momento che le *disputationes* venivano condotte col metodo retorico-dialettico, per mezzo del quale venivano composte *docendi causa* le posizioni opposte delle parti, può risultare interessante condurre un'analisi intorno alle medesime, anche vista la loro utilità formativa.

Dopo l'anno Mille, si assiste ad un ravvivarsi della vita intellettuale, caratterizzato da una emergente passione per la logica, e specialmente per la dialettica, discipline queste c.d. *sermocinales* e costituenti, con la grammatica, il *Trivium* delle *Artes Liberales*, secondo la classificazione di Marziano Capella (che, peraltro, esercitò l'avvocatura a Cartagine) nell'opera *Delle nozze di Mercurio con la Filologia*⁵⁵.

Anche il diritto vive una nuova era: risorge la *scientia iuris* quale interpretazione *critica* delle norme, e il fiorire della prima didattica giocherà in ciò un ruolo chiave.

La base della formazione del giurista è costituita dal *Trivium*, sul quale si innesta la specializzazione nelle materie giuridiche⁵⁶. Bologna è la perla degli studi giuridici: nei primi decenni del XII secolo è già celebre per le sue scuole di diritto, che funzionano grazie alla iniziativa di intellettuali che sul finire del secolo precedente da maestri di grammatica, di retorica, di logica, si erano trasformati in giuristi specializzati⁵⁷; la formazione del giurista era affidata al contatto umano diretto tra docenti e studenti, cioè tra coloro che già erano in possesso delle regole del mestiere e coloro che quello stesso mestiere aspiravano ad intraprendere⁵⁸.

Nel XII secolo, il giurista modenese Pillio da Medicina rompe con le metodologie didattiche tradizionali, ossia lo studio mnemonico di *glossae* e *summae*, e puntò piuttosto sul ragionamento, abituando i suoi allievi al dibattito sui principi e alla tecnica dell'argomentazione; si aprì così la strada al metodo della *quaestio*: l'approccio ai testi giustinianeî si fece critico, e gli allievi, in luogo di assorbirli passivamente, li discutevano servendosi del metodo del *quare*, già conosciuto nel mondo dei teologi. Al semplice *quare* (cioè il «*perché?*») era

⁵⁵ Cfr. E. CORTESE, *Il diritto nella Storia medievale. II. Il Basso Medioevo*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1995, pp. 5-6.

⁵⁶ *Ivi*, p. 4, 109.

⁵⁷ Cfr. M. BELLOMO, *Il Medioevo e l'origine dell'università*, in *Medioevo edito e inedito. 1. Scholae, universitates, studia*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1998, p. 15.

⁵⁸ *Ivi*, p. 53.

strettamente legato il *quarere*, vale a dire il dibattito che di norma affiora alla mente dopo che ci chiediamo o ci chiedono «*perché?*»⁵⁹.

Pillio (come del resto il giurista e dialettico cremonese Giovanni Bassiano) diede largo spazio alla *quaestio* nel corso delle sue lezioni ordinarie; di più, raccolse le *quaestiones* disputate dai propri allievi in una silloge che divenne poi un vero e proprio libro di testo per gli studenti bolognesi⁶⁰.

Il metodo della *quaestio* godette, tra Duecento e Trecento, di gran fortuna e fu lo strumento che consentì alla scienza, giuridica e non, i maggiori progressi.

Pilastro fondamentale della *quaestio* è costituito dalla discussione finalizzata alla composizione delle opposizioni (*pro et contra*) che si affastellano intorno ad un qualche problema determinato. Dapprima, all'epoca di Bulgaro, era in voga la *quaestio* c.d. *legitima*, ovvero un dibattito vertente sulle discordanze tra testi giustinianei, che aveva sole finalità esegetiche e sistematiche delle *leges*; ben presto però, l'oggetto delle *questiones* mutò e divenne la contrapposizione fra argomentazioni su fattispecie pratiche, inventate dal maestro (*quaestiones de facto*) o realmente accadute (*quaestiones ex facto emergentes*)⁶¹; materia della questione era dunque la contraddizione, tra leggi ovvero tra interpretazioni⁶².

Tali questioni, dopo essere state presentate dal maestro, venivano disputate da allievi e *doctores*, suddivisi in gruppi antagonisti, ciascuno dei quali incaricati di difendere una fra le tesi contrastanti; il maestro guidava il dibattito e al termine presentava la soluzione più adatta al caso *de quo*.

L'ambito principalmente analizzato era quello segnato e caratterizzato da un reale conflitto di interessi che cercava una composizione per mezzo di prove e presunzioni e per mezzo di leggi ed interpretazioni, sia all'interno del processo, che all'esterno⁶³.

La *quaestio* generava sempre da un *casus* sul quale il giurista romano non avesse espresso un giudizio e per il quale non avesse data una norma, cosa peraltro molto frequente nell'Alto Medioevo, stanti le tante questioni nuove nell'ambiente della città: «*Quia ubi non est casus legis, necesse est ut per argumenta et l(egum) rationes procedamus*»⁶⁴.

In ogni caso, il terreno della disputa è sempre quello del probabile, dal momento che la *quaestio* si incardina nella contrapposizione degli *argumta veritatis*, ossia in quelle fattispecie che non sono né assolutamente vere

⁵⁹ Cfr. E. CORTESE, *op. cit.*, pp. 148 ss.

⁶⁰ *Ivi*, pp. 157-158.

⁶¹ *Ivi*, pp. 152 ss.

⁶² Cfr. M. BELLOMO, *Legere, repetere, disputare*, in *Medioevo edito e inedito - 1. Scholae, universitates, studia*, cit., p. 93.

⁶³ *Ivi*, p. 58.

⁶⁴ *Ivi*, pp. 62 ss.

né assolutamente false, per le quali cioè «*utraque pars argumenta veritatis habere videtur*»⁶⁵.

L'introduzione del metodo della *quaestio* in Università come quella di Bologna, legate «a doppio filo» con la *glossa* e la *interpretatio litterae*, costituisce una vera e propria rivoluzione; Giovanni Bassiano, autore di questa rivoluzione, «dice[va] che le sue lezioni iniziavano col porre il *casus* della legge, poi discutevano i contraria, quindi elencavano gli argomenti (o *loci generales* o *brocarda*»⁶⁶) infine dibattevano *questiones*»⁶⁷.

L'impianto della disputa delle *quaestiones* è quello dialettico di stampo aristotelico, il che si inserisce perfettamente nella riscoperta e riproposizione dei maggiori testi dello Stagirita, ad opera della Filosofia di quel tempo⁶⁸; la dialettica si intreccia e si incorpora con i dati testuali del diritto romano e si fa *dialettica giuridica* nei *modi arguendi in iure*, come dimostrano giuristi come Cino da Pistoia e Bartolo da Sassoferrato, i quali tuttavia si servono della dialettica *cum grano salis*, nella consapevolezza che estremizzare l'uso del metodo in parola può condurre a soluzioni pericolose in quanto contrarie al buon senso, alla verità, alla giustizia⁶⁹.

La disputa, dunque, comunque si svolgesse, apparteneva alla scuola⁷⁰. La sua particolare efficacia ai fini della formazione professionale degli studenti di diritto derivava dal suo rispecchiare puntualmente i meccanismi del giudizio, in cui appunto le parti avverse offrono argomenti opposti, li discutono e infine il giudice decide⁷¹; la *quaestio* rappresenta dunque «un solido ponte gettato tra le aule accademiche e quelle dei tribunali»⁷².

L'importanza del metodo didattico del *disputare quaestiones* è evidente poi avuto riguardo ad alcuni statuti universitari del 1317, i quali documentano in modo diretto la consuetudine che si fece carico ad ogni dottore di disputare almeno una questione ogni anno⁷³.

Non solo; ben presto l'uso dello schema logico sotteso alla disputa di una *quaestio* viene esteso al di fuori delle solennità di questa attività e impiegato

⁶⁵ Cfr. M. BELLOMO, *Medioevo edito e inedito*, cit., pp. 67 ss.; cfr. Id., *Società e istituzioni dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1999, p. 479.

⁶⁶ Cfr. D. VELO DALBRENTA, *Le irrinunciabili ragioni del giurista. Note introduttive su storia e attualità dei brocardi*, in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, a cura di P. MORO, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 69 ss.

⁶⁷ Cfr. E. CORTESE, *op. cit.*, pp. 186 ss.

⁶⁸ *Ivi*, p. 409; cfr. M. BELLOMO, *Le opere della dottrina nella formazione e nella gestione di un "sistema" di diritto comune*, in *Società e istituzioni dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, cit., p. 479.

⁶⁹ *Ivi*, pp. 487 ss.

⁷⁰ Cfr. M. BELLOMO, *Legere, repetere, disputare*, cit., pp. 70 ss.

⁷¹ Cfr. E. CORTESE, *op. cit.*, p. 154.

⁷² *Ivi*, p. 155.

⁷³ Cfr. M. BELLOMO, *Legere, repetere, disputare*, cit., p. 80.

direttamente a lezione sullo spunto offerto dalla *lectura* del testo della legge romana⁷⁴.

Consideratane la idoneità a trasmettere al futuro giurista i principi del corretto ragionare in giudizio, il metodo in parola merita di essere riscoperto a fini formativi, come d'altronde già è avvenuto soprattutto nei Paesi di cultura Anglosassone (ma anche nel nostro Paese non mancano aperture in questa direzione⁷⁵) ove sono in voga strategie quali le c.d. *Moot Court Competitions*⁷⁶, cioè dei giochi di ruolo nel corso dei quali si fanno delle vere e proprie simulazioni processuali; gli allievi, suddivisi in gruppi antagonisti, si danno battaglia innanzi ad un gruppo di colleghi, ossia di giuristi esperti, chiamati ad attribuire torti e ragioni al termine della discussione. Si tratta di vere e proprie gare ad eliminazione, con tanto di finalissime per determinare la migliore squadra. Un approccio didattico di tal fatta consente di apprendere dall'esperienza, aiutando i *competitors* a comprendere chi sono attualmente e cosa desiderano essere in futuro.

Il *case method* nelle scuole di *common law*

La *disputatio di quaestiones* costituisce dunque il fondamento storico della strategia didattica giuridica tipica dei Paesi di diritto comune, quali il Regno Unito e gli USA.

Anzi, in tali ordinamenti il metodo casistico rappresenta il metodo d'insegnamento principalmente applicato.

La locuzione "*case method*" non designa un fenomeno unitario né statico, bensì copre un'ampia varietà di modelli di *legal instruction*, in perenne evoluzione di pari passo con gli sviluppi del pensiero in tema di educazione giuridica⁷⁷.

L'epicentro del metodo in parola è costituito da un approccio speculare a quello professionale, teso alla intelligenza del caso, autentico punto d'incontro fra formazione culturale e professionale⁷⁸.

Occorre preliminarmente mettere in chiaro che il metodo casistico non è una creazione originale dei giuristi di *common law*, stante che esso era il modo di procedere tipico dei *prudentes* romani⁷⁹ – i quali, a propria volta, si serviva-

⁷⁴ *Ivi*, p. 87.

⁷⁵ Cfr. G. DANTE, *La simulazione processuale*, in *Diritto e Formazione*, 2009, pp. 120 ss.

⁷⁶ Cfr. <http://zealot.mrnet.pt/mootcourt>; oppure, <http://www.ilsa.org/jessup/>.

⁷⁷ Cfr. M. RHEINSTEIN, *The case method of legal education: the first one-hundred years*, in AA.VV., *L'educazione giuridica. Tomo primo. Modelli di università e progetti di riforma*, a cura di A. GIULIANI - N. PICARDI, Cacucci, Roma 2008, pp. 15 ss.

⁷⁸ Cfr. F. GALGANO - F. GRANDE STEVENS, *La formazione culturale dell'avvocato*, in *Manualetto forense. Ordinamento, Previdenza, Deontologia e Formazione forensi*, Cedam, Padova 2001, p. 80.

⁷⁹ Cfr. L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudentziale*, Cedam, Padova 2006; cfr. L. FRANCHINI, *Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e common law*, in www.dirittoestoria.it; cfr. G. FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, relazione per il

no delle tecniche e dei principi tipici dell'insegnamento socratico. Fatta questa doverosa precisazione, è poi necessario porre l'accento sul carattere squisitamente pratico del metodo in parola, il quale trae origine dal modo nel quale la professione del giurista veniva considerata, vale a dire alla stregua di un'attività artigianale: «Far into the 19th century, in America as in England, law was regarded as a craft [...] skill in law craft was acquired by doing»⁸⁰.

L'importanza della prassi emerge altresì dall'idea secondo la quale le procedure (chiamate, non a caso, "*practice*") non potevano essere insegnate («not being teachable»), ma solo assimilate attraverso la messa in pratica delle medesime: «[They were] to be learned by and in practice»⁸¹.

Culla del *case method* furono gli Stati Uniti, padre di questo nuovo metodo d'insegnamento Christopher Columbus Langdell. La svolta casistica si ebbe infatti solo con l'avvento di Langdell a *Dean* del *law department* di Harvard dal 1870.

In un clima da un lato dominato da una crescente importanza per le scienze naturali – lo studio delle quali passava per la sperimentazione più che per lo studio asettico dei libri –, dall'altro intriso del Realismo giudiziario⁸², Langdell intuì che studiare il diritto nei manuali non era più sufficiente, anche perché se tutto era scienza e perciò doveva essere studiato per esperimenti, allora anche il diritto era una scienza e, conseguentemente, come tale anch'esso doveva soggiacere al metodo di studio scientifico-sperimentale. Peraltro, in quest'epoca si aspirava a tornare alle basi di ciascuna scienza, ed il fondamento del diritto inteso quale scienza venne individuato nel caso.

Anzi, Langdell fece del caso il centro del suo metodo didattico: per gli studenti del suo corso di diritto dei contratti, egli elaborò una colletanea di casi scelti, pensati in maniera tale che lo studente attraverso lo studio personale della fattispecie potesse individuare la regola sottostante. Nello studio, gli studenti erano guidati dal maestro, il quale attraverso domande inerenti il caso, stimolava la discussione in aula, venendo così emulato perfettamente l'antico metodo della *quaestio* medievale.

Lo studente era dunque chiamato a studiare attivamente il caso, apprendendo in via di induzione⁸³ le regole del sistema: «Just as the chemist would formulate the principle of his science on the basis of the experiments, so Langdell's students were expected by their own study of the cases to discover the

Convegno della Società italiana di Storia del diritto intitolato *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, tenutosi in Padova il 25 Novembre 2005, p. 1.

⁸⁰ Cfr. M. RHEINSTEIN, *The case method of legal education*, cit., p. 16.

⁸¹ *Ivi*, p. 17.

⁸² Cfr. G. FASSÒ, *Le dottrine nordamericane*, in *Storia della Filosofia del Diritto*, volume III, *Ottocento e Novecento*, Laterza, Bari 2001, pp. 255 ss.

⁸³ Per una distinzione tra metodo induttivo, abduttivo e deduttivo, cfr. G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci, Roma 2010, pp. 81 ss.

underlying rules and principles»⁸⁴. Ancor oggi l'apprendimento passivo, frutto delle sole lezioni frontali, esula dai metodi didattici di *common law*, tanto è che «in the United States the student is expected to participate actively in class discussion»⁸⁵.

Il modello elaborato da Langdell non venne però visto subito con favore, anzi fu da più parti osteggiato.

Tra i sostenitori di Langdell, si annovera William Albert Keener, il quale ebbe il merito di esportare il metodo casistico alla Columbia University, dove si rivelò essere il Maestro del metodo socratico – cui peraltro dedicò grande attenzione, ritenendolo pedagogicamente meritevole: «Rules and principles inductively discovered by the students through their own efforts meant more to them than ready made formulas memorized from texts. But, beyond and above all, the method [...] was a superb device to teach them the peculiar ways of legal thinking [...]. It makes [them] think like a lawyer and if the teacher is a master it is apt to turn the student not only into a good but a superior lawyer»⁸⁶.

Apprendere il diritto per il tramite dello studio di casi innovò profondamente la didattica giuridica, superando un modello, quello della *lecture*, che «appear[ed] [...] both to underestimate and to cheat the student, depriving him of the opportunity to exercise and develop his intellectual powers»⁸⁷.

Il *case method*, dunque, apparve sin da subito idoneo a trasmettere il corretto modo di ragionare in giudizio, nonché a formare all'autonomia del pensiero, essendo gli scopi dell'educazione giuridica proprio educare al c.d. *legal thinking* ed al pensiero autonomo.

È stato anzi provato che esso è il mezzo più efficace a trasformare lo studente in un avvocato, definito (non a caso) dal Marryman quale «a kind of omniscient problem solver»⁸⁸ «who knows how to use concepts, rules and institutions, to give close attention to facts, to use precedent or to distinguish the new case from the old, to recognize the interests at stake, to see the individual issue within the context of the public interest»⁸⁹.

Lo studio del caso consente di familiarizzare col modo nel quale opera il sistema legale e fa della *legal education* di *common law* un'educazione di stampo professionalizzante, pratico, diretto alla soluzione di problemi sociali, poiché «the law is seen as a human matter, concerned with human events»⁹⁰.

⁸⁴ Cfr. M. RHEINSTEIN, *The case method of legal education*, cit., p. 18.

⁸⁵ Cfr. J.H. MERRYMAN, *Legal education in civil law and common law universities: a comparison of objectives and methods*, in AA.Vv. *L'educazione giuridica*, cit., p. 190.

⁸⁶ Cfr. M. RHEINSTEIN, *The case method of legal education*, cit., p. 19-20.

⁸⁷ Cfr. J.H. MERRYMAN, *op. cit.*, p. 191.

⁸⁸ Cfr. J.H. MERRYMAN, *op. cit.* p. 178.

⁸⁹ Cfr. M. RHEINSTEIN, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁰ Cfr. J.H. MERRYMAN, *op. cit.*, p. 189.

Conclusioni

I conflitti fra opposti costituiscono una parte integrante dell'esistenza e dell'esperienza, sono il manifestarsi delle diversità che naturalmente connotano i rapporti fra consociati.

Per evitare però che quello che è un carattere fisiologico si trasformi invece in un carattere patologico, le obiezioni devono essere correttamente gestite. Questo è compito precipuo dell'avvocato, il quale è il solo titolare del potere di garantire diritti, per il tramite della risoluzione del conflitto.

Affinché l'avvocato sia in grado di raggiungere effettivamente il proprio obiettivo, bisogna però che lo stesso venga educato a ciò. E tale forma di educazione non potrà trovare la propria sede privilegiata che negli studi universitari, prodromo della professione. Per tale motivo, la formazione *pre lauream* dovrebbe continuamente essere tesa verso il *post lauream*, e dunque essere traguadata attraverso la lente casistico-processuale dell'ordinato conflitto.

Il futuro avvocato dovrà pertanto essere formato a gestire l'opposizione, origine del conflitto tra parti alla cui risoluzione sono chiamati in concorso il giudice e l'avvocato. E dal momento che il metodo preferibile per risolvere l'opposizione appare essere quello della discussione processuale del caso, esso non potrà che costituire il metodo e l'oggetto dell'insegnamento.

Una siffatta strategia, quella del c.d. *case method*, si rivela certamente utile oltreché a fini professionali, anche quale *training* in vista dell'esame di abilitazione alla formazione forense.

È lo stesso legislatore positivo a richiedere, seppure indirettamente, che la formazione sia approntata al caso.

Infatti, l'art. 46 della Legge Professionale dell'Avvocatura così stabilisce al comma 2: «Le prove scritte sono svolte sui temi formulati dal Ministro della giustizia ed hanno per oggetto: a) la redazione di un parere motivato, da scegliere tra due questioni in materia regolata dal codice civile; b) la redazione di un parere motivato, da scegliere tra due questioni in materia regolata dal codice penale; c) la redazione di un atto giudiziario che postuli conoscenze di diritto sostanziale e di diritto processuale, su un quesito proposto, in materia scelta dal candidato tra il diritto privato, il diritto penale ed il diritto amministrativo».

È pertanto evidente quanto sia importante apprendere la «capacità di soluzione di *specifici problemi giuridici*», come emerge dalla lettera b del comma 6 del medesimo articolo.

Ancora più chiaro in tal senso è l'art. 3 del d.m. 48 del 25/02/2016 (pubblicato nella G.U. del 07/04/2016) ove si legge chiaramente che i temi d'esame «sono formulati in modo tale da consentire al candidato di sviluppare un parere motivato in relazione ad un *caso concreto*».

Questo *gap* tra studi universitari e vita professionale non è stato definitivamente superato per il tramite dell'operato delle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali, istituite con d.m. 27 dicembre 1999 n. 531 al fine di

raggiungere un obiettivo pratico per l'istruzione comune di avvocati, magistrati e notai. Infatti, la formazione giuridica universitaria continua a rimanere vincolata ad un certo carattere di autoreferenzialità, essendo essa preordinata piuttosto alla carriera scientifica⁹¹.

Peraltro, l'intento pratico e specializzante appare oggi perseguito dai corsi organizzati dalle scuole forensi per l'accesso alla professione dell'avvocatura, che hanno assunto una funzione integrativa del tirocinio pratico e che presuppongono un insegnamento casistico, dal momento che sono considerate materie essenziali anche "la redazione degli atti giudiziari, la tecnica impugnatoria dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti amministrativi, la tecnica di redazione del parere stragiudiziale e la tecnica di ricerca" (art. 43 della citata legge 247/2012).

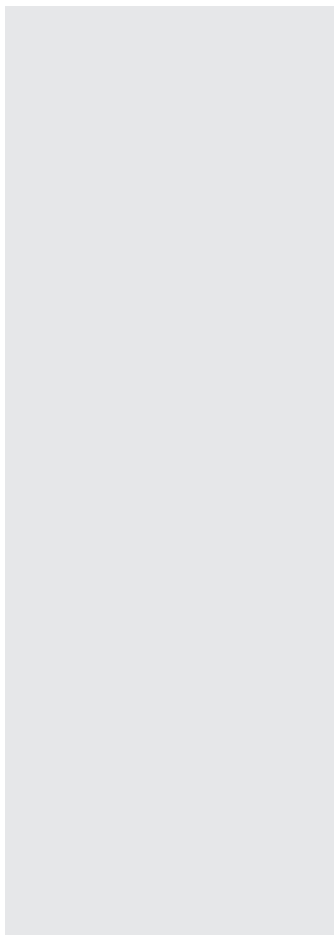
Dunque, resta auspicabile una svolta casistica già nella formazione universitaria del giurista, sebbene risulti alquanto complesso superare quello che Pietro Cogliolo definiva il «dissidio tra diritto pratico e diritto insegnato»⁹² che «è così grave e dannoso da essersi diffusa l'opinione [...] che nelle nostre università s'impari un diritto che poi non serve alla vita reale»⁹³.

⁹¹ Cfr. G. FLORIDIA, *La formazione del giurista per l'esercizio delle professioni*, in *Iustitia*, numero 2/2006, p. 239.

⁹² Cfr. E. BUONO - S. PRISCO, *Francesco Carnelutti e la "clinica del diritto". Attualità e sviluppi di un'intuizione*, in *Per Francesco Carnelutti. A cinquant'anni dalla scomparsa*, a cura di G. TRACUZZI, Cedam, Padova 2015, p. 36.

⁹³ *Ibidem*.

DIRITTO EUROPEO E COMPARATO



On line dispute resolution: la “piattaforma Ue” come nuovo modello di internet jurisdiction

Piervincenzo Pacileo

La nozione di ODR (*On line Dispute Resolution*) nella disciplina comunitaria

Il ricorso ormai quotidiano alla negoziazione digitale solleva numerose questioni qualora sorgano vertenze tra i relativi contraenti, soprattutto per quanto concerne i profili dell'immediatezza e della transnazionalità degli scambi¹.

In tale contesto, è particolarmente meritevole il *favor* verso l'introduzione degli strumenti telematici di risoluzione delle controversie, le cd.dd. ODR (*On line Dispute Resolutions*), espresso dal legislatore comunitario già nella direttiva 2000/31/CE, la quale proponeva varie forme di incentivo per una maggiore cooperazione tra gli organismi extragiudiziari ed una maggiore visibilità di tali strumenti nei confronti dei consumatori e, in particolare, nel proprio art. 19, nel prendere atto della necessità di adeguamento dei mezzi di tutela, sanciva che il prestatore dei servizi di società dell'informazione ed il destinatario potevano adire detti organi di composizione extragiudiziale delle liti, operanti anche *on line*.

Questi ultimi, in forza della loro connaturata idoneità ad operare nel *cyber-spazio*, superando gli ostacoli di natura spazio-temporale e, dunque, rispettando il carattere transnazionale di internet, si configurano quale misura di sostegno agli investimenti delle imprese nel settore dell'*e-commerce* e di promozione della fiducia dei consumatori nella contrattazione *on line*, in risposta all'inderogabile esigenza di garantire un'essenziale effettività, tale da contrastare efficacemente l'impressionante rapidità e la notevole estensibilità dal punto di vista geografico con cui gli utenti virtuali possono, potenzialmente, subire danni in rete, mediante l'introduzione di innovative azioni giuridiche appropriate.

Il perseguimento di tale obiettivo è possibile, secondo il legislatore comunitario, attraverso la previsione di procedure in grado di soddisfare criteri minimi che garantiscano l'imparzialità dell'organismo, l'efficacia della procedura, la sua pubblicità e la sua trasparenza, ferma restando la preliminare necessità di rimozione di ogni sproporzione tra la portata economica della controversia ed il costo della soluzione giudiziaria.

¹ In argomento v. AA.VV., *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell'Informazione*, Milano 2006, *passim*; A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico. Profili civilistici delle ODR*, Napoli 2016, *passim*; E.M. APPIANO, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contr. Impr./Europa*, 2/2013, pp. 965-984; G. KAUFMANN-KOHLER - T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, The Hague 2004, *passim*.

In tale contesto, l'ODR adotta regole e procedure non contrastanti con alcuna legislazione nazionale di ogni parte in causa, distinguendo, generalmente, tra due tipologie di vertenza:

- 1) quelle "di internet", inteso quale ambito territoriale in cui emerge, si svolge e si definisce la controversia;
- 2) quelle "con internet", qualificato quale strumento attraverso cui si risolve il contenzioso.

Dopo una prima fase in cui sono state le stesse agenzie di ADR ad iniziare a proporre la propria attività anche nell'ambiente digitale, a cavallo del secondo millennio si è imposta la nascita, soprattutto negli Stati Uniti, di numerosi siti ed organismi privati volti a promuovere gli innovativi strumenti di ODR, cui è seguito il moltiplicarsi, a livello istituzionale, degli sforzi tesi a disciplinare il fenomeno, tra cui spiccano quelli, da un lato, della *Federal Trade Commission* e del *Departement of Commerce* statunitensi² e, dall'altro, dell'allora Comunità Europea, la quale ha emanato, in argomento la Raccomandazione 98/257/CE, prima, e quella 2001/310/CE, poi, il cui sesto considerando evidenziava espressamente che le nuove tecnologie possono contribuire allo sviluppo di sistemi elettronici di composizione delle controversie costituendo organismi volti a risolvere efficacemente le liti che interessano diverse giurisdizioni senza il bisogno di una comparizione fisica delle parti e, quindi, andrebbero incoraggiati mediante principi volti ad assicurare *standards* coerenti ed affidabili, atti a suscitare la fiducia degli utenti³.

In materia, nel successivo regolamento 524/2013/UE (il c.d. «regolamento sull'ODR per i consumatori»), da applicarsi alla risoluzione extragiudiziale di controversie avviate da consumatori residenti nell'Unione Europea nei confronti di professionisti stabiliti nella medesima e disciplinate dalla direttiva

² Cfr. L.M. PONTE - T.D. CAVENAGH, *Cyberjustice. Online Dispute Resolution (ODR) for E-commerce*, Upper Saddle River 2004, *passim*.

³ La mediazione telematica è stata oggetto anche di una recente sentenza, emessa dalla Corte di Giustizia U.E. il 18 marzo 2010, la quale ha ribadito che «l'art. 34 della direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali. Neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone».

2013/11/UE, il legislatore comunitario auspica nuovamente «la disponibilità di un sistema di risoluzione delle controversie online affidabile ed efficiente» quale fattore decisivo per perseguire il rafforzamento della sicurezza percepibile da consumatori e professionisti qualora effettuino operazioni *on line* nel contesto di un mercato interno in cui la dimensione digitale sta diventando sempre più essenziale⁴; atteso che i consumatori e i professionisti continuano a incontrare difficoltà in particolare nel trovare soluzioni extragiudiziali alle controversie derivanti da operazioni transfrontaliere effettuate *on line* e, pertanto, tali dispute restano spesso irrisolte, «il fatto di disporre di mezzi di facile utilizzo e a basso costo per la risoluzione delle controversie può aumentare la fiducia dei consumatori e dei professionisti nel mercato unico digitale»⁵.

Dunque, affinché siano eliminati i molteplici ostacoli che frenano inopportuno lo sviluppo generale del commercio elettronico, l'ODR deve offrire una soluzione extragiudiziale facile, efficace, rapida e a basso costo per le controversie derivanti da operazioni *on line* (sia nazionali, sia, soprattutto, transfrontaliere)⁶ e detenere caratteristiche, sia di natura sostanziale che di natura procedurale, assolutamente indipendenti dalle specifiche normative applicate in ciascuno Stato, pur rispettando i molteplici principi di diritto relativi alla giustizia del caso concreto; infatti, proprio in conformità con quanto dettato dal legislatore comunitario, l'ODR consente, per assicurare la miglior tutela dei contraenti telematici, la risoluzione stragiudiziale di controversie direttamente *on line* con l'ausilio di sistemi informatici quali *chat room*, *webcam* ed *e-mail* (con, tuttavia, alcune fasi che ancora non possono non svolgersi necessariamente *off line*).

Rispetto al fine, più limitato, della tradizionale ADR di promuovere una maggiore accessibilità alla giustizia, l'innovativa ODR persegue i seguenti obiettivi:

- 1) favorire lo sviluppo di un mercato telematico;
- 2) assicurare l'esercizio effettivo delle libertà in tale contesto;
- 3) facilitare alle vittime di *damages on line* un accesso efficace alla soluzione delle controversie;
- 4) semplificare i rapporti sia tra imprese, nell'ambito dell'*e-commerce business to business*, così producendo maggiore efficienza aziendale ed autoregolamentazione delle medesime, sia tra queste e gli utenti telematici, nel contesto dell'*e-commerce business to consumer*.

Pertanto, se l'ODR inizialmente costituiva il c.d. "aspetto telematico" dell'ADR, oggi non può e non deve ridursi ad una mera trasposizione in rete di quest'ultima, bensì deve rappresentare ormai una categoria dogmatica autonoma a sé stante⁷.

⁴ Cfr. considerando 6, regolamento 524/2013/UE.

⁵ Cfr. considerando 7, regolamento 524/2013/UE.

⁶ Cfr. considerando 8, regolamento 524/2013/UE.

⁷ Così E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in Id. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, Napoli 2016, pp. 8-9.

Prospettiva comparatistica in materia

Nell'analisi della tematica in esame, appare sicuramente utile il ricorso allo studio comparatistico e prezioso lo sforzo di ravvicinare i diversi ordinamenti, al fine di individuare delle *guidelines* di un possibile regime comune⁸.

In tale prospettiva, le origini degli strumenti di risoluzione alternativa delle dispute devono cogliersi nei sistemi di *common law* ed in particolare nel modello statunitense; infatti, nel 1976, la c.d. *Pound Conference*, organizzata dall'*American Bar Association* sul tema «*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*», segnò un punto di svolta nell'evoluzione della giustizia civile statunitense in virtù della formulazione di una proposta volta a sottrarre alle Corti Civili americane alcune categorie di controversie ed assegnarle alle ADR (acronimo di *Alternative Dispute Resolution*), intese quale categoria in cui ricomprendere tutti i diversi organi di decisione estranei all'apparato giurisdizionale (dalle procedure di arbitrato, conciliazione e mediazione predisposte dalla citata *American Bar Association* e dal *Judicial Arbitration and Mediation Services*, alle sempre più numerose associazioni, enti ed uffici operanti nel settore dei metodi ADR) di natura privata ed operanti secondo regole tali da configurare un procedimento flessibile ed informale ed assicurare una tutela civile privata e differenziata.

Nell'ordinamento giuridico statunitense l'arbitrato endo-processuale non è *binding*, ovvero vincolante, nel risultato, ma la sua attivazione preventiva è *mandatory*, obbligatoria; di conseguenza, i sempre più diffusi sistemi di ADR si sono ormai evoluti da rimedi con fondamento giuridico consensuale in tipologie *ex lege* endo-processuali, in quanto momento prodromico al processo ordinario, integrandosi nel contesto della giustizia pubblica quali modelli di giustizia privata sottoposti a procedimenti di normazione processuale differenziati, in ottemperanza alle cc.dd. *local rules*.

Per altro verso, trova ormai diffusa applicazione l'esperimento preventivo delle procedure ADR, quale condizione processuale di procedibilità dell'azione innanzi al giudice ordinario, anche nel sistema giudiziario concernente le Corti Federali statunitensi di primo grado, limitatamente alle cause di valore inferiore ai centocinquantamila dollari; segnatamente, qualora la parte rimanga insoddisfatta dalla pronuncia arbitrale, la medesima può non impugnarla, ma, più semplicemente, adire senza indugio il giudice naturale avviando, in tal modo, il processo di primo grado.

La trasposizione di dette metodologie nei sistemi di *civil law* è stata abbastanza rapida; della tematica in esame l'Unione Europea se ne occupa fin dal 1993, anno in cui fu pubblicato il Libro verde sull'accesso dei consumatori alla

⁸ Sul punto v. A. PERA - G.M. RICCIO, *Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova 2011, *passim*; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova 2008, *passim*.

giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico.

In seguito, la Raccomandazione 98/257/CE ha esplicitato alcuni principi guida per gli organi responsabili di ciascun ADR: trasparenza, indipendenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza.

All'inizio del nuovo millennio, dopo che il Consiglio dell'Unione Europea, mediante la *Resolution on a Community-wide network of National bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes*, 2000/C 155/01, aveva rilevato che numerosi sistemi di risoluzione stragiudiziale di tipo facilitativo/consensuale (ad esempio, la conciliazione) non rientravano nell'ambito di applicazione della citata Raccomandazione, la Commissione Europea ha emanato la Raccomandazione 2001/310/CE, contenente i principi-base ai quali deve ispirarsi quest'ultima tipologia di ADR, mentre nel 2002, dopo la pubblicazione di un nuovo Libro verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, è stata emanata la direttiva 2002/52/CE sulla medesima materia.

Più recentemente, la direttiva 2008/48/CE (sui contratti di credito ai consumatori) esamina i sistemi di ADR con norme dotate di un crescente grado di prescrittività: se secondo la direttiva 2002/65/CE gli stati membri «*shall promote the setting up or development of adequate and effective out-of-court complaints and redress procedures*», secondo la Direttiva 2008/48/CE «*member States shall ensure that adequate and effective out-of-court complaint and redress procedures [...] are put in place*».

Atteso che la tutela consumeristica è andata progressivamente emancipandosi, fino a guadagnarsi un'attenzione specifica ed una legittimazione autonoma nel diritto comunitario, appare fondamentale il dettato dell'art. 81, comma II, lett. g), Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (il c.d. TFUE), in base al quale il Parlamento Europeo e il Consiglio adottano misure volte a garantire «lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie», estremamente vantaggiosi per i costi limitati ed i tempi notevolmente più brevi rispetto alla giustizia ordinaria.

In tale ottica, ha suscitato un grandissimo interesse un amplissimo studio dell'ottobre 2009 sull'impatto dei sistemi di ADR nell'Unione Europea che ha proposto anche alcune *best practices* collegate ai principi già sanciti dalle citate Raccomandazioni emanate dalla Commissione Europea.

Nel descritto quadro generale formulato dal legislatore comunitario in materia di tutela del consumatore devono inserirsi le norme e gli strumenti di tutela elaborati negli ordinamenti dei singoli Stati membri; se il comune recepimento degli obblighi di derivazione comunitaria ha posto le basi per un assetto comune a tutti i Paesi, quest'ultimo non può non essere integrato da specifiche scelte assunte a livello nazionale necessariamente imposte dagli orientamenti di fondo espressi sia dalla regolamentazione prodotta, sia dalla tradizione giuridica consolidata di ciascun Stato.

In tale contesto, alcuni Paesi hanno deciso di raccogliere la normativa consumeristica in un testo unico (Francia e Spagna); altri hanno optato per l'affidamento dell'*enforcement* ad un'Autorità amministrativa indipendente (Regno Unito)⁹.

Eventuali, possibili problemi di sovrapposizione di attribuzioni in materia consumeristica tra differenti autorità competenti sono risolvibili attraverso accordi di collaborazione o, come nel caso del Regno Unito, di formale individuazione dei criteri di ripartizione dei compiti e delle modalità di scambio delle informazioni.

Ciò si traduce, sul piano applicativo, nel rafforzamento dell'elemento che, in ciascun ordinamento, era tradizionalmente meno sviluppato; di conseguenza, se nel Regno Unito è stata rafforzata il profilo della regolamentazione, in Francia¹⁰ e Spagna¹¹ è stata posta una rinnovata enfasi sulla tutela del consumatore.

In Francia, fin dal 1973 è stato istituito il *Médiateur de la République*, autorità amministrativa indipendente titolare della funzione di mediazione tra cittadini e Pubblica Amministrazione, che gestiva, ai sensi della *loi* 73-6, i reclami presentati da cittadini ed imprese contro casi di cattiva amministrazione degli apparati pubblici transalpini.

Successivamente, il legislatore francese, spinto dalla sollecitazione da parte della normativa comunitaria verso una riduzione del contenzioso giurisdizionale, ha avviato un processo di destrutturazione della difesa civica e di ripartizione delle proprie funzioni a livello sia di territorio, sia di competenze, onde garantire l'efficienza a fronte della crescita esponenziale dei carichi di lavoro e della complessità delle procedure amministrative, nonché un'assistenza diretta ai cittadini d'oltralpe.

Negli ultimi decenni si sono diffusi nel territorio francese organi di mediazione in materia di lavoro, scuola e università, ospedali, servizi postali – dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) sul rispetto della riservatezza dei dati personali nei processi informatici, alla *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA), a tutela della libertà di accesso ai documenti amministrativi ed agli archivi pubblici; dal *Défenseur des enfants*

⁹ In argomento v. V. VARANO, *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano 2007, *passim*; P. CORTES, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Londra 2010, *passim*.

¹⁰ Sul punto v. R. GOLA, *Le nouveau cadre de la résolution en ligne des litiges de consommation au sein de l'Union européenne: vers un mode approprié de résolution des conflits?*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2014, pp. 73-85.

¹¹ In argomento è opportuno il rinvio a A.E. VILALTA - R. PEREZ MARTELL, *E-Commerce, ICTs and Online Dispute Resolution. Is this the beginning of a new professional profile?*, in *International Journal of Online Dispute Resolution*, 2015; A.E. VILALTA, *La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 33/2014, pp. 1-35; A.E. VILALTA, *Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 732/2012, pp. 2067-2149.

alla *Commission nationale de déontologie de la sécurité* (CNDS); dal *Contrôle général des lieux de privation de liberté* (CGLPL) alla *Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* (HALDE) – e, soprattutto, bancaria e finanziaria; tuttavia, il *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République* (il c.d. *Comité Balladur*, un comitato di esperti nominato dal Presidente Sarkozy nel 2007 per svolgere un'analisi del quadro istituzionale francese e proporre eventuali opportune riforme) ha qualificato come controproducente e fonte di confusione per i cittadini l'eccessiva quantità di amministrazioni con funzioni di mediazione.

Di conseguenza, la legge costituzionale del 23 agosto 2008, ispirata dal suddetto Comitato, ha sostituito al *Médiateur de la République* un *Défenseur des droits* (che assume anche le funzioni di CNDS, HALDE e *Défenseur des enfants* ed è supportato da tre collegi di esperti: quello *pour l'exercice des attributions en matière de défense et de promotion des droits de l'enfant*; del collegio *pour l'exercice des attributions en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité*; infine, del collegio *pour l'exercice des attributions en matière de déontologie dans le domaine de la sécurité*), in forza del nuovo art. 71-1 della Costituzione, che rinvia, per la definizione dei dettagli operativi di tale organo, a due provvedimenti legislativi: la legge organica n. 2011-333 e la *loi* n. 2011-334, entrambe promulgate il 29 marzo 2011.

Tale Difensore può fornire pareri interpretativi su questioni controverse, farsi promotore di tentativi di transazione tra le parti contrapposte oppure, in caso di inefficacia delle raccomandazioni, pronunciare un'ingiunzione nei confronti della parte inadempiente.

I sistemi di ADR sono variamente organizzati in funzione delle caratteristiche istituzionali degli assetti regolamentari esistenti nei singoli Stati; nell'ordinamento tedesco¹², ad esempio, il titolare della funzione di ADR è denominato *Ombudsmann* o *Schlichter* a seconda dei vari sistemi, i quali hanno natura aggiudicativa; in particolare, l'art. 15 della legge di attuazione del codice di procedura civile (*Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung* [EGZPO]) lascia aperta ai singoli *Länder* la possibilità di introdurre l'obbligo di un tentativo di risoluzione stragiudiziale, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In tema, è riconosciuta alla presentazione del ricorso al sistema per la risoluzione stragiudiziale della controversia la funzione di sospendere la prescrizione dei termini dell'azione giudiziale; inoltre, il grado di effettività delle decisioni dell'ADR e, quindi, di adeguamento delle parti alle medesime, è alquanto alto nell'esperienza tedesca.

¹² V.C. ALTHAMMER, *Verbraucherstreitbeilegung: Aktuelle Perspektiven für die Umsetzung der ADR-Richtlinie*, Francoforte 2015, *passim*; B. YUNIS, *Alternative Streitbeilegung über elektronische Datennetze*, Monaco 2010, *passim*.

In Germania le autorità competenti in via generale per la tutela del consumatore sono:

- 1) il Ministero per la nutrizione, l'agricoltura e la tutela del consumatore (*Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz* [BMLV]), creato nel 2001, sull'onda di alcune frodi alimentari, ed in cui sono confluite, oltre al Ministero dell'alimentazione, anche le competenze in materia di tutela del consumatore precedentemente detenute dal Ministero dell'economia e da quello della sanità. Pertanto, tale Ministero ha lo specifico compito di promuovere una funzione di indirizzo politico e generale e di tutela puntuale del consumatore con riguardo sia al commercio in generale, sia a specifici settori, come telecomunicazioni, trasporti, sicurezza dei prodotti, salute, informativa in materia alimentare, energia, costruzioni, abitazione, servizi bancari, finanziari, assicurativi e di investimento;
- 2) l'Agenzia federale per la protezione del consumatore e la sicurezza dei prodotti alimentari (*Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit* [BVL]), autorità amministrativa indipendente designata quale ufficio unico di collegamento, ai sensi del Regolamento CE n. 2006/2004 del 27 ottobre 2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori.

Una peculiare ipotesi applicativa: il sistema WIPO

Per quanto concerne il ricorso alla mediazione telematica quale metodo di risoluzione delle controversie in tema di nomi di dominio¹³, se queste hanno ad oggetto i cc.dd. *Generic Top Level Domain* (GTLD, ovvero i domini .com, .net, .org, .info, .biz), si applica la *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP), predisposta dall'*Internet Corporation for Assigned Names and Num-*

¹³ Sul tema, si vedano i contributi di T. BETTINGER - A. WADDELL, *Domain name law and practice. An international handbook*, Oxford 2015, *passim*; J. NG, *The domain name registration system. Liberalisation, consumer protection and growth*, Londra 2012, *passim*; D. LINDSAY, *International domain name law. ICANN and the UDRP*, Oxford 2007, *passim*; P. SAMMARCO, *Il regime giuridico dei "nomi a dominio"*, Milano 2002, *passim*; P. TORTORANO, *Il domain name: profili di diritto comparato e di diritto interno*, Napoli 2004, *passim*; M. PIERANI, *Marchi e nomi a dominio: un "doppio binario" per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. ind.*, 6/2001, pp. 495 ss.; C.M. CASCIONE, *I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia*, in *Dir. Inf.*, 1/2008, pp. 25 ss.; E. FOGLIANI, *Recenti sviluppi dell'Internet Governance italiana: la nuova "Commissione per le regole" del registro del ccTLD.it*, in *Dir. inf.*, 6/2004, pp. 791 ss.; L. MARINI, *Il sistema dei nomi a dominio per l'identificazione dei domini Internet*, in *Dir. un. eur.*, 3/2000, pp. 631 ss.; ID., *Reti di comunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi a dominio internet*, in *Dir. comm. internaz.*, 1/2001, pp. 3 ss.; L. MENDOLA, *La Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, in *Dir. comm. internaz.*, 1/2003, pp. 57 ss.; C. GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, Milano 2001, *passim*; G. CASSANO, *In tema di domain name*, in *Dir. inf.*, 3/2000, pp. 494-499; A. ANTONINI, *La tutela giuridica del nome di dominio*, in *Dir. inf.*, 6/2001, pp. 813-825.

bers (il c.d. ICANN, ente internazionale istituito nel 1998) e vigente a partire dal 1° dicembre 1999; se, invece, si tratta di *Country Code Top Level Domain* (i cc.dd. CCTLD, ovvero i domini .it, .fr, .uk, ecc.), i singoli enti statali volta per volta deputati all'assegnazione di detti nomi di dominio potranno adottare "a cascata" la disposizione appena citata oppure applicare specifiche normative locali.

In Italia, alla luce della chiusura della *Naming Authority*, la funzione di normazione tecnica e di assegnazione dei nomi a dominio è attualmente esercitata, su incarico della richiamata ICANN, dal Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) che segue una normativa autonoma ma, tuttavia, sostanzialmente non dissimile dalla procedura UDRP.

Competenti a svolgere il servizio di mediazione telematica avente ad oggetto la riassegnazione dei *domain names* sono:

- 1) la *World Intellectual Property Organisation* (WIPO), con sede a Ginevra;
- 2) la *National arbitration forum* (NAF), con sede negli Stati Uniti;
- 3) l'*Asian Domain Name Dispute Resolution Center* (ADNDRC).

Il sistema maggiormente adottato è quello introdotto sin dal 1994 dalla camera arbitrale istituita presso la WIPO (il c.d. *WIPO Arbitration and Mediation Center*)¹⁴, organizzazione intergovernativa che persegue la promozione e la protezione della proprietà intellettuale nel mondo mediante la cooperazione tra Stati e l'applicazione di vari trattati multilaterali, che si articola in tre procedure quasi integralmente telematiche (l'*Administrative Domain Name Challenge Panels* [ACPs]), che indica quale parte abbia maggiori diritti ad utilizzare il *domain name* contestato, la *Mediation* e l'*Expedited Arbitration*)¹⁵, cui si adisce se si contesta un'*abusive registration* che si configura in caso di:

- 1) sussistenza di più nomi di dominio identici o simili tra loro;
- 2) assenza del diritto o del legittimo interesse da parte del titolare del *domain name* alla detenzione del medesimo;
- 3) registrazione o utilizzo del nome di dominio in mala fede.

Al termine del procedimento, l'arbitro designato dalla WIPO (il c.d. *panel*) può formulare due esiti differenti (il trasferimento del *domain name* o la sua cancellazione), cui le parti possono opporsi entro dieci giorni innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria; decorso tale termine l'ente di registrazione competen-

¹⁴ In argomento si rinvia a C. DEERE BIRKBECK, *The world intellectual property organization (WIPO): a reference guide*, Cheltenham 2016, *passim*; J. REINBOTHE - S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996. The WIPO copyright treaty and the WIPO performances and phonograms treaty: commentary and legal analysis*, Londra 2002, *passim*; M. VITTORI, *Trademark protection on the internet: the evolution of international law and the role of the World Intellectual Property Organization (WIPO)*, in *Riv. coop. giur. int.*, 10/2002, pp. 113-128.

¹⁵ Sul punto v. E. MIN - M. LILLENGEN, *Collection of WIPO Domain Name Panel Decisions*, Frederick 2004, *passim*; J.D. LIPTON, *Internet Domain Names, Trademarks and Free Speech*, Northampton 2010, *passim*; M. ROMANI - D. LIAKOPOULOS, *La globalizzazione telematica. Regolamentazione e normative nel diritto internazionale e comunitario*, Milano 2009, *passim*.

te deve dare esecuzione alla relativa decisione arbitrale, mentre i contendenti possono comunque adire successivamente la suddetta giurisdizione, senza, tuttavia, poter richiedere il semplice accertamento negativo dell'inesistenza di altrui diritti sul nome di dominio, bensì esclusivamente l'assegnazione di quest'ultimo.

In Italia non si è adottata la descritta procedura, ma, accanto alla tradizionale via giudiziaria, si sono sviluppate due tipologie di "regole di *naming*": una amministrativa, consistente in un ricorso gerarchico diretto alla riassegnazione dei *domain names*; l'altra arbitrale, concernente le liti connesse alla registrazione di nomi a dominio o l'impugnazione delle decisioni amministrative.

Secondo quanto previsto in detto procedimento, coloro che richiedono l'assegnazione di un nome a dominio .it devono sottoscrivere una Lettera di Assunzione di Responsabilità (la c.d. LAR) nella quale è contenuta una clausola facoltativa che stabilisce la devoluzione agli arbitri delle eventuali controversie che dovessero sorgere nello svolgimento del rapporto ed il conseguente consenso all'eventuale apertura di un procedimento che si svolge soprattutto *on line*, anche se, in un eccesso di prudenza, il citato ente formatore ha scelto di mantenere alcune fasi in un contesto *off line*.

La recente normativa in tema di mediazione telematica

In Italia, nella fase di attuazione della citata normativa comunitaria il legislatore italiano ha assunto, con la promulgazione del d.lgs. 70/2003, una posizione inizialmente prudente, ancora legata ad un'insoddisfacente visione unitaria di ADR *online* ed *offline*, anche alla luce delle perplessità, espresse da parte della dottrina, in merito, in particolare, da un lato, ad una temuta totale dematerializzazione delle procedure giudiziarie ordinarie e, dall'altro, alla predisposizione unilaterale della clausola introduttiva del ricorso ai menzionati strumenti alternativi di risoluzione delle liti, solitamente contenuta, per l'appunto, in condizioni generali del contratto.

Tuttavia, atteso che l'ormai consolidata disciplina in materia di contrattazione standardizzata avente ad oggetto i cc.dd. obblighi di informazione pone il rischio della predisposizione di un modello contrattuale esclusivamente a carico dell'imprenditore predisponente, appare ormai assolutamente irreversibile la definitiva affermazione della *policy* comunitaria volta ad imporre l'introduzione dei sistemi stragiudiziali di composizione delle controversie, segnatamente telematici.

Nell'ordinamento giuridico italiano, con la promulgazione del d.lgs. 5/2003, il cui titolo VI è rubricato «Della conciliazione stragiudiziale»¹⁶, finalmente viene

¹⁶ In tema v. G. SCIANCALEPORE - S. SICA, *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici*, Torino 2010, *passim*; G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, Santarcangelo di Romagna (RN) 2011, *passim*; G. SCIANCALEPORE - S. SICA, *Codice della mediazione e della conciliazione*, Torino 2010, *passim*.

introdotta una legislazione di settore in materia di arbitrato telematico e mediazione *on line* (priva, tuttavia, di una normativa quadro), cui successivamente si aggiungono il d.lgs. 82/2005 ed il d.P.R. 68/2005, che ritengono tali strumenti molto più idonei per dirimere controversie nate in internet o scaturite da transazioni telematiche *on line* di quanto lo siano gli altri modelli di ADR fisici, inevitabilmente antieconomici¹⁷.

Più recentemente, l'art. 3, ultimo comma, d.lgs. 28/2010, attuativo della direttiva 2008/52/CE, ha espressamente sancito che «la mediazione può svolgersi secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo», caratterizzate sia, come innanzi accennato, dal costo contenuto (requisito essenziale, atteso l'esiguo valore della *magna pars* di controversie relative ai contratti conclusi *on line*), sia dalla c.d. asincronicità della procedura, derivata dalla peculiarità territoriale propria del Paese di origine dell'ODR, gli Stati Uniti (dove sono ben note le oggettive difficoltà di natura logistica per la realizzazione di teleconferenze, in forza della sussistenza di vari fusi orari sul territorio nazionale).

Permanendo, però, la diffusa esigenza affinché fosse emanata una legge generale per disciplinare in modo organico i suindicati innovativi strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in ambiente telematico, il legislatore interno ha successivamente emanato prima la legge 69/2009, il cui art. 60 tratta espressamente della «mediazione in ambito civile e commerciale», e poi il d.lgs. 28/2010, teso, innanzitutto, ad eliminare alcuni inconvenienti derivanti da un mero rinvio alle norme codicistiche, attribuire un valore legale certo all'accordo conciliativo, nonché, più in generale, diffondere la cultura della conciliazione ed avvicinare tali sistemi agli standard internazionali in merito.

La normativa da ultimo citata, se, da un lato, ha l'indubbio merito di aver espressamente temperato la possibilità di conciliare controversie per mezzo della c.d. mediazione telematica (art. 3, comma 4, come, tra l'altro, confermato recentissimamente dall'art. 84, legge 98/2013), dall'altro, elabora in tema soltanto richiami occasionali, limitandosi a sancire, ad esempio, che «l'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della Giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste,

¹⁷ Sul punto si rinvia a AA.Vv., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli 2017, *passim*; C. ISONI - C. CARIA - P. ELIA - L. TANTALO, *Negoziato, mediazione, conciliazione, arbitrato forense e ADR dei consumatori*, Roma 2016, *passim*; A. AMADORI, *Adr e arbitrato in Italia: disciplina codicistica ed ambiti applicativi*, Ostuni 2012, *passim*; M. CORRADINO - S. STICCHI DAMIANI, *ADR e mediazione*, Torino 2012, *passim*; G. COSÌ - G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti. Teoria e prassi dei metodi ADR*, Torino 2012, *passim*; L. VALENTINO, *Riflessioni in tema di ADR*, Napoli 2012, *passim*; A. CUOMO - G. FUCILLO, *La mediazione e le altre procedure ADR: brevi considerazioni*, Castellammare di Stabia (NA) 2011, *passim*; S. ZIINO, *I vari sistemi ADR. Studio sugli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e sui rapporti con il processo giurisdizionale*, Palermo 2011, *passim*.

fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati» (art. 16, comma 3).

Inoltre, avendo l'art. 11, comma 3, testualmente stabilito che in caso di raggiungimento dell'accordo tra le parti o di adesione alla proposta del mediatore, «si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere», la problematica concernente la sottoscrizione che eventualmente si perfezioni nel contesto digitale può risolversi con il rinvio alla disciplina applicabile alle firme elettroniche e, soprattutto, a quanto previsto in tema da parte del Codice dell'Amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005, così come modificato dal d.lgs. 235/2010)¹⁸.

Lo *European Extra Judicial Network* (c.d. ECC-Net)

Atteso che gli Stati membri dell'Unione Europea devono fornire l'accesso a procedimenti giudiziari mediante appropriati strumenti elettronici, non statali ma cui comunque deve conferirsi il riconoscimento istituzionale se rispettosi dei principi di competenza, indipendenza ed imparzialità, nonché di trasparenza nel proprio funzionamento, idonei a garantire lo svolgimento di procedure a basso costo, rapide ed informali (e non lenti ed onerose come quelle proprie delle vertenze giudiziarie, specie se internazionali), adeguate ai tempi ed alle modalità del mezzo informatico, che consentano, *in primis*, ai contraenti che si sono visti soltanto "telematicamente", ed il più delle volte residenti in Stati diversi, di evitare di doversi incontrare necessariamente *de visu*, appare particolarmente utile, in detta prospettiva, l'iniziativa, messa a punto, per quanto concerne i profili tecnici ed operativi e le funzioni degli organi

¹⁸ Per un commento al "Codice" e alle sue modifiche v., *ex multis*, E. BELISARIO, *La nuova pubblica amministrazione digitale. Guida al codice dell'amministrazione digitale dopo la legge n. 69/2009*, Santarcangelo di Romagna (RN) 2009, *passim*; M. ATELLI - S. ATERNO - A. CACCIARI - R. CAUTERUCCIO, *Codice dell'amministrazione digitale. Commentario*, Roma 2008, *passim*; F. DELFINI, *D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82: il codice dell'amministrazione digitale*, in *Contr.*, 8-9/2005, pp. 807-817; E. CASTORINA, *Il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005): il differimento dell'entrata in vigore e gli "atti di indirizzo e coordinamento"*, in *Dir. inf.*, 3/2005, pp. 459-470; E. DE GIOVANNI, *Il "Codice dell'amministrazione digitale": prime impressioni*, in *Dir. internet*, 3/2005, pp. 226-227; R. CLARIZIA, *Il documento informatico sottoscritto: alcune note a margine del codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. internet*, 3/2005, pp. 221-225; G. SCORZA, *Profili civilistici nel Codice dell'amministrazione digitale*, in *Inform. dir.*, 1-2/2005, pp. 111-133; G. CAMMAROTA, *Le modifiche al Codice dell'amministrazione digitale (Commento a d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159)*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/2006, pp. 943-948; G. FIORIGLIO, *I diritti dei cittadini e delle imprese nel codice dell'amministrazione digitale*, in *Riv. dir. econ. e gestione delle nuove tecnologie*, 2/2006, pp. 234-246; M. PIETRANGELO - I. D'ELIA, *Il Codice dell'amministrazione digitale nel processo di semplificazione normativa: genesi e criticità*, in *Inform. dir.*, 1-2/2005, pp. 9-30.

extragiudiziali nazionali, con esperti e *stakeholders* nel corso della conferenza tenutasi nel 2000 a Lisbona, adottata con la Risoluzione del Consiglio Europeo del 25 maggio 2000 ed avviata in fase pilota il 16 ottobre 2001¹⁹, volta a creare, quale rete di cooperazione internazionale, lo *European Extra Judicial Network* (c.d. ECC-Net)²⁰, onde agevolare il consumatore nell'identificazione della competente ODR.

L'introduzione, nel 1992, dei primi Eurosportelli per attività di informazione e promozione dei diritti dei consumatori, e la creazione, nel 2001, della Rete europea per la risoluzione extragiudiziarie delle controversie dei consumatori (EEJ-Net), al fine di aiutare i consumatori e assisterli nell'applicazione dei loro diritti in caso di controversie transfrontaliere e di perseguire, a livello sistemico, la piena realizzazione del mercato unico, si sono rivelati propedeutici all'istituzione della rete dei Centri Europei Consumatori ECC-Net (tramite, per l'appunto, la fusione degli Eurosportelli e della EEJ-Net); questi ultimi, in occasione del decimo anniversario della loro istituzione, hanno evidenziato, da un lato, come in tale periodo più di 650.000 consumatori li abbiano contattati per richiedere informazioni sui loro diritti e circa 300.000 siano stati assistiti nella gestione dei reclami per acquisti transfrontalieri e, dall'altro, lo sforzo competitivo profuso nei confronti delle procedure ODR di matrice statunitense.

Segnatamente, queste ultime sono dotate di un elevato grado di automatizzazione e di una notevole trasparenza e sono gestite dai cc.dd. *Online ADR providers*, organismi indipendenti *ad hoc* la cui proficua attività si è tradotta nell'introduzione, da un lato, della c.d. *blind negotiation* o *blind-bidding* (la prima forma di ODR sviluppata negli Stati Uniti che si svolge, per sua natura, esclusivamente *on line* ed ha avuto un tale successo oltreoceano da essere adottata non solo dai consumatori, ma anche dalle imprese e dalla Pubblica Amministrazione) e, dall'altro, della *peer pressure* (procedura ODR utilizzabile esclusivamente nelle controversie tra *business* e *consumer*).

In Italia le funzioni di Centro Nazionale della suddetta rete europea per i consumatori sono gestite nel triennio 2015-2017, su designazione del Ministero dello sviluppo economico, dalle Associazioni di consumatori Adiconsum²¹ e CTCU (Centro Tutela Consumatori e Utenti, fondato nel 1993, cui hanno aderito dieci associazioni operanti in Alto Adige), già presenti nel Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti e regolarmente iscritte all'elenco di cui all'articolo 137 del Codice del consumo; il Centro ECC-Net Italia, nella

¹⁹ Cfr. C. VACCÀ, *Il punto su ODR, online dispute resolution*, in *Contratti*, 11/2009, p. 1072.

²⁰ In tema v. V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano 2012, III ed., p. 1295; M. VIETTI, *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Milano 2013, p. 1487; V.C. LA SORTE, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, Padova 2016, pp. 79-80.

²¹ Sul punto si rinvia a A. BRUNI, *La mediazione conviene. I vantaggi della conciliazione civile e commerciale. Tecniche e casistica*, Santarcangelo di Romagna (RN) 2011, II ed., pp. 280-287.

sua struttura attuale, è operativo dal 2005 e dispone di due sedi, una centrale a Roma ed una transfrontaliera²² a Bolzano.

La piattaforma ODR promossa dall'Unione Europea

Dall'esame del quadro di valutazione UE dello stato della giustizia e, soprattutto, del *Consumer Conditions Scoreboard*, pubblicati nel 2015 e volti sia al monitoraggio della conoscenza e della fiducia, nonché del rispetto e dell'applicazione da parte dei consumatori in ordine ai reclami ed alla risoluzione di controversie, sia alla verifica dei progressi nel processo di integrazione del mercato al dettaglio nell'ambito dell'Unione Europea per quanto concerne le transazioni *business-to-consumer* transfrontaliere, sia all'analisi dello sviluppo del commercio elettronico, è emerso che ben sei *professionals* su dieci conoscono i meccanismi ADR, mentre addirittura il 70% dei consumatori che vi ha fatto ricorso si ritiene molto soddisfatto dei risultati conseguiti; la fiducia di questi ultimi nell'efficacia di meccanismi di risoluzione delle controversie è persino maggiore verso gli organismi extragiudiziali (46%), rispetto a quella riposta nei tribunali (36%).

Dunque, dall'analisi dei reclami ricevuti dalle imprese appare evidente la preferenza dei consumatori europei per i servizi offerti dai venditori quale canale di risoluzione; tale risultato è da ascrivere, probabilmente, alla dimensione del valore delle controversie che, se di piccole entità, fanno prediligere un tentativo di risoluzione non mediato, tra compratore e venditore.

In tale contesto, il già citato regolamento 524/2013/UE, il cui obiettivo è quello di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno, ed in particolare della sua dimensione digitale, ha istituito una piattaforma ODR europea (la c.d. "piattaforma ODR"), consistente in un sito *web* interattivo lanciato il 9 gennaio 2016 e gestito dalla Commissione Europea, "unico punto di accesso" a partire dal 15 febbraio 2016 attraverso cui consumatori e professionisti di tutta Europa possono tentare di risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da contratti di vendita di beni e servizi conclusi *on line*²³, soprattutto *cross-border*.

Integrata con il Regolamento di esecuzione 2015/1051/UE, la suddetta normativa, insieme con la direttiva 2013/11/UE («sull'*Alternative Dispute Resolution*»)²⁴, cui l'Italia ha dato attuazione con il d.lgs. 130/2015, costitu-

²² Per "zona transfrontaliera" si intende l'insieme delle regioni situate in continuità territoriale con altri Stati membri dell'Unione europea, quali Friuli Venezia Giulia, Veneto, Trentino Alto Adige, Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta e Liguria.

²³ Cfr. art. 5, comma 2, regolamento 524/2013/UE.

²⁴ Invero, l'art. 1 di tale direttiva qualifica come "insopprimibile" il diritto individuale di esercitare la tutela delle proprie posizioni mediante l'accesso al sistema giudiziario statale. Per un commento alla suddetta norma di diritto comunitario v. S. COPPOLA, *Il consumatore*

iscono il pacchetto legislativo ADR-ODR che, per la prima volta, introduce un set coordinato e omogeneo di regole; per rispondere adeguatamente alle fondamentali esigenze di natura giuridica in materia (certezza del diritto, art. 47 Carta di Nizza, libertà di movimento, di scambio delle merci, di capitali e di prestazione di servizi) sono divenuti improcrastinabili il ricorso ai modi alternativi di risoluzione delle controversie ed il conseguente avvento di un sistema la cui efficacia necessita il costante impegno politico ed il sostegno di tutte le parti interessate, senza compromettere l'accessibilità, la trasparenza, la flessibilità, la rapidità e la qualità del processo decisionale in seno agli organismi ADR rientranti nell'ambito di applicazione qui in esame, facendo leva sull'adesione attiva di entrambi i soggetti in conflitto affinché si pervenga alla formazione di un assetto di interessi equo, mediante il temperamento degli interessi reciproci²⁵.

In realtà, il dibattito, avviato nel 2012, che ha condotto all'emanazione della disciplina in esame è stato alquanto vivace: in particolare, alcune critiche sono state avanzate da Paesi Bassi (nel Parere motivato della Prima Camera dei Paesi Bassi sono state sollevate obiezioni riguardo, da un lato, molteplici problematiche che sarebbero potute sorgere in materia di diritto internazionale privato, e, dall'altro, il rispetto del principio di sussidiarietà, in quanto non appariva sufficientemente motivata la necessità di procedere ad un'armonizzazione in questo modo, atteso che nello Stato già esisteva un valido e ben sviluppato sistema di composizione delle controversie non ancorato nella legislazione, ma fondato sull'autoregolamentazione e la cooperazione volontaria delle parti interessate, e, dunque, non vi era nessun motivo per iscrivere nell'ordinamento legislativo un sistema alternativo di composizione delle controversie) e Germania (il parere motivato del *Bundesrat*, pur condividendo la scelta della Commissione secondo cui l'attuazione della legislazione di protezione dei consumatori può essere facilitata anche dal ricorso alla risoluzione alternativa delle controversie, tuttavia, suggeriva di limitare il campo di applicazione della normativa *de quo* alle controversie transfrontaliere poiché riteneva che nella sua forma iniziale la disciplina proposta non rispettasse il principio di sussidiarietà e non fosse coperta dalla base giuridica costituita dall'art. 114 del Trattato, in quanto prevedeva anche per le controversie puramente nazionali l'istituzione ed il finanziamento di un'infrastruttura di organismi di risoluzione alternativa delle controversie derivanti dall'acquisto di beni o dalla prestazione di servizi).

La piattaforma ODR, facile da usare, gratuita ed accessibile al [link](https://webgate.ec.europa.eu/odr) <https://webgate.ec.europa.eu/odr>, collega tutti gli organismi ADR che gli Stati membri, in ottemperanza alla suindicata Direttiva ADR, hanno accreditato presso

européo: dalla tutela storica alla direttiva ADR, in P. CENDON - C. PONCIBÒ (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano 2014, pp. 703-730.

²⁵ Così F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, in E. MINERVINI (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., p. 18.

la Commissione Europea e, inoltre, consente di ottenere informazioni generali sull'ADR e sui relativi organismi competenti a trattare le controversie *on line* inserendo in rete una guida sulle modalità di presentazione dei reclami per suo tramite.

La procedura predisposta sulla piattaforma ODR²⁶ si articola fondamentalmente nelle seguenti quattro fasi:

- a) creazione e invio del reclamo;
- b) accordo sull'organismo di risoluzione;
- c) trattamento del reclamo da parte dell'organismo di risoluzione;
- d) soluzione e chiusura del reclamo.

Atteso che la piattaforma ODR tratta reclami presentati sia dal *consumer* che dal *business*, confermandosi, quindi, organismo *super partes*, atto a tutelare entrambe le parti, tuttavia, nella stragrande maggioranza delle ipotesi essa consente, *in primis*, al consumatore di presentare, per via telematica e mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione Europea, il reclamo, composto da tre sezioni (una contiene le informazioni personali dell'istante; un'altra l'indicazione dei dati della controparte; un'altra ancora la descrizione dell'oggetto della controversia, cui si possono allegare anche eventuali documenti probatori), che, non appena inserito sulla piattaforma, viene ulteriormente inviato *on line* alla controparte *professional*.

Entro i successivi trenta giorni quest'ultimo deve decidere se partecipare al procedimento e, in caso di scelta positiva, proporre, a sua volta, al consumatore un organismo ADR inserito nell'elenco presente sulla piattaforma ODR; se il consumatore concorda su quest'ultimo, la piattaforma trasferisce automaticamente il reclamo al medesimo (in mancanza di accordo, il reclamo non sarà trattato ulteriormente); infine, l'organismo di risoluzione delle controversie alternativo prescelto ha tre settimane per decidere se ha la competenza, *ratione materiae* e *ratione personae*, per trattare il reclamo, informare le parti in proposito (potrebbe contattare le stesse anche se avesse bisogno semplicemente di ulteriori informazioni prima di assumere le citate determinazioni) e, da ultimo, proporre una soluzione entro 90 giorni dalla data di presentazione del reclamo, informandone debitamente le parti²⁷.

²⁶ In tema v. G. VISCONTI, *Tutela dei consumatori. Controversie "online" fra i consumatori ed i professionisti. Piattaforma ODR europea*, in *PMI*, 3/2016, pp. 45-51; V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5/2012, pp. 315-316; G. CAPILLI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie: dalle ADR alle ODR*, in *Aa.Vv., Annali 2010/2011. Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza. Università Telematica "Giustino Fortunato"*, Torino 2010-2011, pp. 51-64.

²⁷ Ai sensi dell'art. 5, comma 4, regolamento 524/2013/UE, «la piattaforma ODR ha le funzioni seguenti: a) mettere a disposizione un modulo di reclamo elettronico che può essere compilato dalla parte ricorrente conformemente all'articolo 8; b) informare del reclamo la parte convenuta; c) individuare l'organismo o gli organismi ADR competenti e trasmettere il reclamo all'organismo ADR cui le parti hanno concordato di rivolgersi, a norma dell'articolo

Ai sensi dell'art. 10, regolamento 524/2013/UE, «un organismo ADR che ha accettato di trattare una controversia conformemente all'articolo 9 del presente regolamento:

- a) conclude la procedura ADR entro il termine di cui all'articolo 8, lettera e), della direttiva 2013/11/UE;
- b) non impone la presenza fisica delle parti o dei loro rappresentanti, a meno che le sue norme procedurali prevedano tale possibilità e le parti siano d'accordo;
- c) trasmette senza indugio le seguenti informazioni alla piattaforma ODR:
 - i) la data di ricevimento del fascicolo relativo al reclamo;
 - ii) l'oggetto della controversia;
 - iii) la data della conclusione della procedura ADR;
 - iv) l'esito della procedura ADR;
- d) non è tenuto a condurre la procedura ADR tramite la piattaforma ODR».

Tutti gli organismi di risoluzione delle controversie elencati sulla piattaforma ODR²⁸ offrono procedure extragiudiziali e sono sottoposti ad appositi controlli affinché sia garantito il soddisfacimento degli *standards* imposti a livello comunitario nonché all'accreditamento ed alla registrazione presso le *authorities* nazionali a ciò preposte (in Italia, il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero della giustizia, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e l'approvvigionamento idrico, la CONSOB, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Banca d'Italia e così via a seconda dell'ambito di competenza)²⁹.

9; d) proporre uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta alle parti e all'organismo ADR di condurre online la procedura di risoluzione della controversia mediante la piattaforma ODR; e) fornire alle parti e all'organismo ADR la traduzione delle informazioni che sono necessarie per la risoluzione della controversia e che sono scambiate tramite la piattaforma ODR; f) mettere a disposizione un modulo elettronico tramite il quale gli organismi ADR trasmettono le informazioni di cui all'articolo 10, lettera c); g) mettere a disposizione un sistema di commenti (feedback) che consenta alle parti di esprimere il proprio punto di vista sul funzionamento della piattaforma ODR e sull'organismo ADR che ha trattato la loro controversia; h) rendere pubblico quanto segue: i) informazioni generali sull'ADR quale mezzo extragiudiziale di risoluzione delle controversie; ii) informazioni sugli organismi ADR inseriti in elenco conformemente all'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/11/UE che sono competenti a trattare le controversie oggetto del presente regolamento; iii) una dettagliata guida *online* sulle modalità di presentazione dei reclami tramite la piattaforma ODR; iv) informazioni, incluse le modalità di contatto, sui punti di contatto ODR designati dagli Stati membri conformemente all'articolo 7, paragrafo 1, del presente regolamento; v) dati statistici sui risultati delle controversie trasmesse agli organismi ADR tramite la piattaforma ODR».

²⁸ Attualmente, sono più di un centinaio gli organismi di ADR presenti in 17 Paesi membri, ma, molto sorprendentemente, non sono disponibili organismi ADR per alcuni settori e nei seguenti Paesi: Croazia, Romania e Spagna.

²⁹ In Italia, ad oggi, l'elenco degli organismi ADR presenti sulla piattaforma è il seguente: a) ADR Center SRL; b) Arbitro Bancario Finanziario (ABF); c) Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF); d) Borlaw - Organismo di mediazione; e) Camera di Commercio del Mo-

L'elenco presente sulla piattaforma ODR fornisce di ciascun organismo ADR ivi presente le informazioni generali, i contatti e una serie di informazioni specifiche concernenti:

- a) i settori di competenza;
 - b) i soggetti che possono avviare la controversia;
 - c) il paese in cui deve essere stabilito il professionista;
 - d) le informazioni sulla procedura (in merito ad una serie di aspetti quali la lingua, le tariffe, la durata media, i possibili esiti e gli eventuali motivi di rifiuto).
- Al professionista che opera *on line* è fatto obbligo di:
- 1) informare i consumatori in merito all'esistenza della piattaforma ODR e alla possibilità di ricorrervi per risolvere le loro controversie;
 - 2) fornire il *link* elettronico alla piattaforma ODR (<https://webgate.ec.europa.eu/odr>) sul proprio sito *web* (se l'offerta è fatta via posta elettronica, mediante la medesima);
 - 3) comunicare al consumatore il proprio indirizzo e-mail e le stesse informazioni nelle condizioni generali applicabili ai contratti di vendita e di servizi *on line*³⁰.

Il sempre più diffuso e frequente uso di *marketplace* (tra cui spiccano, *in primis* ed *ex multis*, Amazon ed eBay) reca con sé la rilevante questione, con notevoli conseguenze dal punto di vista pratico, della soggezione ai suelencati obblighi dei singoli venditori, oltre che del sito che gestisce la piattaforma di *marketplace*.

Nel gennaio 2017 la suddetta tematica è stata oggetto in Germania di un interessante contrasto giurisprudenziale tra le Corti distrettuali di Dresda e di Coblenza: la prima³¹, adita da un'associazione di consumatori la quale, votata

lise; f) Concilia SRL; g) Conciliareonline.it/CTCU; h) Istituto Nazionale per la Mediazione e l'Arbitrato - INMEDIAR; i) Negoziante paritetica ENEL; j) ODCEC Medi; k) Organismo ADR A2A SPA - Associazione dei Consumatori; l) Organismo ADR conciliazione paritetica ENI - Associazione dei Consumatori; m) Organismo ADR Edison e Associazione dei Consumatori del CNCU; n) Organismo di conciliazione paritetica Consorzio Netcomm - Associazione dei Consumatori; o) Organismo di conciliazione paritetica FASTWEB SPA - Associazione dei Consumatori; p) Organismo di conciliazione paritetica H3G SPA - Associazione dei Consumatori; q) Organismo di conciliazione paritetica Poste Italiane SPA - Associazione dei Consumatori; r) Organismo di conciliazione paritetica TIM Telecom Italia SPA - Associazione dei Consumatori; s) Organismo di conciliazione paritetica Trenitalia SPA - Associazione dei Consumatori; t) Organismo di conciliazione paritetica Vodafone Italia SPA - Associazione dei Consumatori; u) Organismo di conciliazione paritetica Wind Telecomunicazioni SPA - Associazione dei Consumatori; v) Risolvi Online.com - Camera Arbitrale di Milano; w) Servizio Conciliazione Clienti Energia; x) SICOME SC; y) Sportello di Conciliazione della Camera di Commercio, industria, artigianato, agricoltura di Cosenza; z) Sportello di Conciliazione della Camera di Commercio, industria, artigianato, agricoltura di Napoli.

³⁰ Conformemente all'art. 13, direttiva 2013/11/UE, all'art. 14, regolamento 524/2013/UE e al considerando 30, regolamento 524/2013/UE.

³¹ Cfr. *Oberlandesgericht Dresden*, sentenza del 17 gennaio 2017, ref. 14 U 1462/16.

alla promozione del corretto svolgimento della concorrenza sul mercato, ha denunciato l'assenza sia di qualsiasi informazione nel *marketplace* per i propri clienti in ordine alla possibilità di accedere alla piattaforma ODR, sia della necessaria indicazione del relativo *link* da parte di una società tedesca che utilizzava la piattaforma di Amazon per la vendita dei propri prodotti, ne ha sorprendentemente rigettato il ricorso sancendo che, nonostante la *ratio* della previsione di cui all'art. 14 del Regolamento sia prevalentemente il rendere note al maggior numero possibile di consumatori l'esistenza e la disponibilità della piattaforma ODR, l'obbligo di inserire il relativo riferimento ed il *link* sorge in capo al singolo venditore soltanto con riferimento al proprio portale di *e-commerce*, oppure soltanto in capo al *provider* della piattaforma di vendita (dunque, nel caso concreto, Amazon), nel caso di utilizzo di *marketplaces*; viceversa, la seconda³² stabilisce, in ordine ad una controversia fondantesi sul medesimo oggetto, in senso diametralmente opposto, che anche tutti venditori che offrono in vendita i propri prodotti *on line* utilizzando piattaforme di *marketplace* (dunque, nel caso concreto, eBay) sono soggetti ai descritti obblighi ex art. 14, regolamento 524/2013/UE.

Pur essendo inevitabile che, *medio tempore*, la suddetta questione non possa risolversi se non con il ricorso all'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia Europea, fino ad allora appare doverosa da parte dei professionisti, anche italiani, che si valgono di *marketplace* l'adozione di un atteggiamento prudentiale e l'almeno momentanea applicazione rigorosa degli obblighi informativi in tema di ODR sia qualora impieghino le proprie piattaforme di vendita, sia qualora concludano transazioni commerciali B2C per mezzo di *marketplace*; ciò in quanto, da un lato, il citato regolamento 524/2013/UE affida, come sancito dall'art. 18, ai singoli Stati membri l'elaborazione della disciplina sanzionatoria necessaria, effettiva, proporzionata e dissuasiva, applicabile in caso di violazione, e, dall'altro, attualmente il nostro Paese non ha ancora adottato tali prescritte norme applicative e sanzionatorie.

In considerazione del fatto che il raggiungimento di una soluzione rapida, economica e certa delle controversie – in cui si identifica la prima e più importante, oltre che intuitiva, finalità sottesa allo sviluppo dei meccanismi di ODR – rappresenta sì un fondamentale interesse per i consumatori, ma è senz'altro parimenti funzionale agli interessi del professionista, se quest'ultimo ha dato priorità alla costruzione di un rapporto di fiducia *on line* attraverso un corretto *customer service*, un'ottima sezione FAQ e l'affidabilità della logistica, ha ben poco da temere dalla descritta procedura, anzi ne ha da guadagnare; in tale ottica, per agevolare le imprese negli obblighi suelencati, sono disponibili 4 modelli di web banner cliccabili, elaborati dai competenti uffici della Commissione europea, per collegarsi alla piattaforma ODR e che possono essere pub-

³² Cfr. *Oberlandesgericht Koblenz*, sentenza del 25 gennaio 2017, ref. 9 W 426/16.

blicati dalle imprese sui propri siti *web*; per facilitare anche le operazioni di pubblicazione dei web banner, è disponibile un documento (in versione pdf e in versione xlsx), elaborato dai competenti uffici della Commissione europea, con il codice html per i quattro diversi formati di banner nelle ventitré lingue dell'Unione insieme con l'URL della piattaforma ODR, il quale è composto da tre colonne (la prima indica la lingua, la seconda le dimensioni del *banner* e la terza il codice in html): l'impresa, una volta scelto il *web banner* più adatto alle proprie esigenze, può semplicemente copiare e incollare il contenuto della terza colonna e il *web banner* apparirà nel proprio sito *web*.

Atteso che, alla Commissione UE spetta il compito di vigilare e di coordinare il corretto funzionamento del sistema e dell'esecuzione delle procedure di reclamo, fornendo, ad esempio, assistenza, un servizio di traduzione, uno strumento di consultazione delle banche dati, presso ogni Stato membro è istituito un punto di contatto ODR (il c.d. "sportello nazionale"), i cui consulenti hanno il compito di fornire informazioni sul funzionamento della piattaforma e sulle procedure applicate dagli organismi ADR, nonché di assistere il consumatore nella presentazione del reclamo attraverso la piattaforma ODR stessa; il punto di contatto ODR, istituito in Italia presso il Ministero delle attività produttive, senza maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, ha, altresì, il compito di informare il consumatore sugli ulteriori mezzi di ricorso, laddove non sia possibile risolvere il reclamo attraverso la piattaforma³³.

Delocalizzazione della procedura ODR ed *internet jurisdiction*

L'innata e connaturata delocalizzazione dei procedimenti ODR, in quanto fenomeno integralmente interno alla rete, rende questi ultimi inevitabilmente impermeabili all'applicazione di un sistema di norme, sia sostanziali che procedurali, nazionale o di una comunità di Stati, legato ad un preciso ambito spaziale di operatività; l'"abdicazione" non solo della giurisdizione statale ma anche del diritto sostanziale nazionale nel contesto in esame dipende dalla spontanea nascita nell'ambito del mercato digitale di una specifica tipologia telematica di soluzione alternativa delle controversie per soddisfare la concreta esigenza di introdurre uno strumento semplice, economico ed informale per la risoluzione delle controversie relative ai rapporti economici sorti *on line*.

D'altronde, l'ormai indiscussa constatazione che Internet è un fenomeno che si autoalimenta e trova in se stesso risorse, leggi e giurisdizione proprie, prevalenti sugli ordinamenti nazionali induce a respingere drasticamente sia la devoluzione della competenza su controversie nate in rete in favore di un giudice statale, che applica un ordinamento statale, sia sistemi di risoluzione esterni all'ambiente virtuale in cui nascono rapporti economici eventualmente controversi, sia ancora meccanismi di composizione delle liti condotti da

³³ Come stabilito dall'art. 7, regolamento 524/2013/UE.

autorità terze, interpreti ed esecutori di un ordinamento nazionale: tali ormai impraticabili soluzioni rappresentano, nell'opinione radicata dei *cybernauti*, un disvalore, una diseconomia, sia in termini di tempo, sia in termini di costi³⁴.

Pertanto, in un sistema come quello virtuale che si proclama autosufficiente e che sopravvive in virtù di tale autosufficienza, un servizio ODR (come può e deve essere la piattaforma ODR europea) si può configurare come innovativa ed affidabile tipologia di *internet jurisdiction* che mette in crisi il diritto privato internazionale esistente ed è:

- 1) proponibile sia dalla medesima piattaforma elettronica su cui si negoziano beni e/o servizi, sia da un sito specializzato, che predisponga strumenti ODR esterni a quello che gestisce la piattaforma e con cui eventualmente quest'ultimo realizzi una *partnership*;
- 2) strutturata in una procedura che potrebbe già essere precostituita, ossia fatta nell'ambito di codici di condotta cui l'impresa *web* aderisce;
- 3) descrivibile già nelle condizioni generali del contratto concluso *on line*;
- 4) operativa anche nella fase, eventuale, della messa in esecuzione dell'accordo cui si pervenga.

Nella realtà virtuale il giurista, pur senza prescindere dalle teorizzazioni sulle vie da percorrere, deve impegnarsi concretamente nell'opera di sistemazione del diritto sparso del commercio elettronico, nel convincimento che le categorie dommatiche non possono valere *tout court* se riferite alla fenomenologia «telematica»³⁵.

Se nessun diritto nazionale appare appropriato a disciplinare il contratto elettronico, quest'ultimo, tuttavia, non va sottratto a regole giuridiche, bensì, proprio perché concluso tra membri della società "globale", può essere regolato da una nuova *lex mercatoria* dei *computers*³⁶, idonea ad introdurre un

³⁴ In argomento si rinvia a F. MANCINI, *Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit. pp. 32 ss.

³⁵ Illuminante è la riflessione elaborata da S. SICA, *Commercio elettronico e categorie civili-stiche: un'introduzione*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano 2002, p. 5, mentre acutamente P. RESCIGNO, *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 18, rileva la "crisi" dello Stato quale fonte di produzione del diritto nella società odierna e sollecita una revisione dell'intero sistema, ed in particolare dell'intera gerarchia delle fonti.

³⁶ G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova 2002, pp. 50 ss., coglie l'apprezzabile tentativo dei giuristi impegnati nell'esame del fenomeno telematico di ricostruire, attraverso il richiamo alla *lex mercatoria*, il processo di formazione del diritto applicabile in Internet con particolare riferimento all'autoregolazione (*contra*, T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova 1998, pp. 37 ss.), impendendo la loro esclusione da uno scenario regolamentare in cui prevalga la spinta autoregolativa del mercato telematico. In particolare, P. RESCIGNO, *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 18, osserva opportunamente che,

diritto comune di Internet, inteso come l'insieme degli usi e delle pratiche accettate dalle Corti dietro le indicazioni degli utenti, dei governi, dell'industria telematica³⁷: il contratto, e non la legge, è lo strumento mediante il quale, sotto la pressante sollecitazione dell'economia contemporanea in profonda e continua trasformazione, si attuano le trasformazioni giuridiche e si innovano le categorie tradizionali.

L'applicazione della *lex mercatoria* al commercio elettronico è dunque un fenomeno già in atto, le cui manifestazioni fondamentali sembrano costituite dall'estrema oggettivazione dello scambio, attraverso pratiche uniformi che veicolano il diritto anche attraverso le scelte tecnologiche; da ciò consegue il rischio che le problematiche giuridiche, legate, ad esempio, all'aumento illimitato di consumatori conseguente alla personalizzazione dei prodotti, e, dunque, alla tutela del contraente più debole, degli utenti aderenti ai contratti di massa, con il fine di colmare il deficit di protezione che l'operatore non professionale soffre a tutt'oggi nei rapporti contrattuali informatici, possano essere considerate secondarie rispetto alla necessità di incrementare con ogni mezzo lo sviluppo del commercio elettronico.

Pertanto, non è più procrastinabile la sottoposizione di Internet ad uno specifico diritto sovranazionale, un ordinamento indipendente, un'originale *juri-sdiction*: una sorta di *lex electronica* che si rifaccia al fenomeno di formazione spontanea del diritto che, mediante la creazione di una disciplina uniforme posta al riparo dall'ingerenza di qualsiasi ordinamento giuridico statale, assicuri nei settori internazionali del commercio, del trasporto, del credito e della finanza la certezza del diritto³⁸.

In particolare, la dottrina nordamericana, concentrando l'attenzione sulla commistione tra norme giuridiche e norme tecniche ed evidenziando il condizionamento di queste ultime non solo sulle modalità di trasmissione delle in-

rispetto al *favor* per l'applicazione alle attività svolte nel c.d. cyberspazio di un insieme di norme regolatrici che dovrebbero essere assolutamente tipiche e completamente autonome, creando, pertanto, una sorta di regolamentazione transpaziale, la *lex mercatoria*, oggi intesa anche come tutela del consumatore, del contraente debole, può ricevere un significativo arricchimento da queste innovative tecniche regolamentari dell'autodisciplina, riconosciute ormai dalla maggior parte degli operatori del diritto compatibili con la possibilità di una concertazione. Nasce, di conseguenza, un diritto che pur traendo origine «da valutazioni, necessità e regole maturate nell'ambito di ciascuna classe, categoria o gruppo, poi cerca un proprio compimento, una propria integrazione nel dialogo e nell'intesa con gruppi antagonisti o conviventi nella realtà sociale, indipendentemente da posizioni di conflitto o di coincidenza di interessi».

³⁷ La *lex mercatoria* che si ricava dalla legislazione comunitaria aiuta a modernizzare il diritto civile orientandosi verso la tutela non soltanto dell'impresa, ma anche del consumatore, come evidenziato da P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 11.

³⁸ Così L. MARINI, *Il commercio elettronico. Profili di diritto comunitario*, Padova 2000, p. 8.

formazioni, ma anche sulle scelte che inevitabilmente investono i contenuti di tali strumenti ed il comportamento dei loro utilizzatori, conia la nozione di *lex informatica* per indicare l'insieme di scelte tecniche che impongono comportamenti agli operatori telematici e si traducono in un sistema di regole parallelo; essa, ancorché regolamentazione non diretta, non pubblica, bensì implicita e celata nella tecnica, completamente priva di colleganza a qualsiasi sistema giuridico statale, potrebbe assurgere a strumento efficace per risolvere i problemi giuridici derivanti dalla diffusione dell'informatica, in quanto il ricorso alle norme tecniche ne garantisce una semplice attuazione ed un facile controllo³⁹.

Nei rapporti tra privati le scelte tecniche condizionano quelle giuridiche, soprattutto per ciò che riguarda la formazione e la dichiarazione della volontà contrattuale: il commercio elettronico tende a proceduralizzare i contratti informatici e, quindi, ad oggettivare gli scambi, la contrattualistica uniforme basata sulla tecnica, sul *code* informatico dei giuristi statunitensi, esalta la centralità del contratto come strumento di innovazione giuridica, le opzioni sono per lo più predefinite, il consenso si esprime con un "click" e si elaborano sia moduli e formulari in formato digitale, sia meccanismi tecnici di controllo della manifestazione della volontà.

La struttura decentrata di Internet ha consentito, nei fatti, la proliferazione di organismi privati di autocontrollo che collaborano con le autorità pubbliche e, al contempo, elaborano di propria iniziativa codici di autoregolamentazione e di norme comportamentali autogene (le cc.dd. *netiquette*)⁴⁰.

Le peculiarità del descritto sistema ODR, articolantesi in regole procedurali e sostanziali, vanno colte:

- a) nella rinuncia alla legge ed alla giurisdizione statale al fine di ricercare soluzioni alle controversie nate in rete;
- b) nella composizione amichevole degli interessi;
- c) nell'omogeneizzazione delle modalità di conclusione del contratto tra operatori *on line* e di risoluzione di un'eventuale controversia avente ad oggetto il medesimo contratto;

³⁹ G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. 45, apprezza la sensibilità dimostrata dalla dottrina nordamericana nell'occuparsi delle problematiche che investono i diritti fondamentali degli individui.

⁴⁰ L. MARINI, *op. cit.*, p. 16, sostiene che tali norme, cui gli operatori del mercato telematico sono vincolati in virtù dell'interesse comune e superiore al funzionamento del sistema, seppur non sanzionabili da parte di un'Autorità, sono completamente equiparabili agli imperativi categorici espressi dalla legge scritta. In argomento v. anche C. SANSOTTA, *Nozioni di informatica*, Raleigh 2011, *passim*; G. ZICCARDI, *Etica e informatica. Comportamenti, tecnologie e diritto*, Milano 2009, *passim*; Id., *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, tomo II, Milano 2008, pp. 29 ss.; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano 2001, pp. 100-101.

- d) nella completa assenza, diversamente dai procedimenti giudiziari svolti innanzi ad un giudice statale, della fase dell'accertamento di diritti e responsabilità;
- e) nella spontanea adesione dei singoli.

Di conseguenza, con l'emersione delle ODR si afferma un modello di *friendly law* capace di risolvere qualsivoglia asimmetria tra fasi contrattuale e patologica, e conseguente pregiudizio allo sviluppo dei rapporti economici in rete, all'interno di ambiente autonomo come quello digitale, in cui le *new technologies* trasformano continuamente la società e plasmano inevitabilmente la misura in cui le molteplici leggi statali possono operare al di fuori della propria competenza giurisdizionale territoriale ed al cui interno le relazioni economiche possono sia manifestarsi che trovare la loro composizione all'insorgere di una controversia.

Criticità del regolamento 524/2013/UE

Dall'esame del regolamento 524/2013/UE emerge, innanzitutto, l'eccessiva colleganza, in un rapporto quasi di specie a genere, con la direttiva 2013/11/UE, di cui rappresenta una sorta di appendice, palesatasi, in particolare, in forza della devoluzione dei relativi ricorsi solamente ad organismi ADR⁴¹.

Il successo e l'efficacia della piattaforma ODR elaborata a livello comunitario dipendono dal grado di protezione che essa, nel mercato digitale, può realmente assicurare alle parti (soprattutto al consumatore), fortemente condizionato negativamente, da un lato, dalla natura contrattuale della relativa procedura e, dall'altro, dalla non vincolatività degli atti con cui si conclude la medesima.

Purtroppo, attualmente la Piattaforma in esame non fornisce soluzioni né alla quasi insormontabile barriera costituita dal fatto che il consenso tra le parti necessario sia per l'avvio della stessa, sia per l'individuazione dell'organismo ADR competente a gestirla è ovviamente impresa ardua, poiché i rapporti sono già ampiamente compromessi, né all'inopportuna rimessione dell'esecuzione della proposta transattiva unicamente alla volontà delle parti; d'altronde, non basta prevedere in "astratto" la possibilità di ricorrere a queste procedure ODR, bensì sono necessarie la progettazione di meccanismi utili a favorire l'uso in concreto del descritto mezzo di risoluzione delle controversie e la predisposizione di adeguati incentivi per indurre consumatore e professionista a ricorrere alle stesse o ad adempiere (tali parti devono avere fondati motivi per ritenere che in caso di controversia avranno una possibilità concreta di tentarne una risoluzione).

Nel descritto contesto, sarebbe auspicabile l'elaborazione di veri e propri sistemi di *feedback* e *trustmark*, già introdotti con positivi risultati in altre "piattaforme virtuali", idonei a spingere le parti (soprattutto i professionisti attivi nel

⁴¹ V.E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., p. 13.

web, ovviamente particolarmente attenti a preservare e promuovere le proprie reputazione ed affidabilità in "rete") verso una costruttiva partecipazione alle procedure *on line de quo* ed una reale propensione all'effettiva esecuzione di eventuali proposte transattive⁴².

In tale ottica, da un lato, i cc.dd. *reputation management systems*, operanti mediante i cc.dd. *feedback rating systems*, sono *software* pubblici e facilmente accessibili dalla massa dei consumatori telematici, utili a denunciare atteggiamenti biasimevoli e diffondere opinioni negative del professionista, cui è lasciata la sola alternativa tra due tipologie di "sanzioni private" che hanno dato prova di essere particolarmente efficaci nei mercati globali gestiti dalle grandi multinazionali: intentare ai danni di controparte i cc.dd. *reputational claims* per la rimozione del *feedback* avverso oppure accettare di partecipare ad una mediazione (magari rifiutata in precedenza); viceversa, i *trustmark* sono strumenti che promuovono agli occhi dell'utenza i professionisti affidabili (segnatamente, quanti si impegnano effettivamente a ricorrere alle ODR), il più delle volte esposti sui siti internet dei professionisti medesimi.

Per altro verso, l'ambito applicativo del suindicato regolamento 524/2013/UE è fin troppo definito, se non addirittura limitato, ai sensi dell'art. 2: purtroppo, vi rientrano soltanto le controversie concernenti "obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi *online* tra un consumatore residente nell'Unione e un professionista stabilito nell'Unione", ovvero, sostanzialmente, per un verso, *ratione personae*, non le controversie B2B ma esclusivamente quelle B2C, instaurate dai consumatori nei confronti dei professionisti e solo in alcuni casi dai professionisti nei confronti dei consumatori, mentre, per un altro verso, *ratione materiae*, le liti attinenti i contratti di vendita o di servizi *on line*, quando il professionista offre beni o servizi mediante un sito *web* o altri mezzi elettronici ed il consumatore ordina tali beni e servizi su tale sito *web* o mediante altri mezzi elettronici, ma in nessun caso i medesimi contratti conclusi *off line*.

⁴² In tema si rinvia a P. CORTES (a cura di), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford 2016, pp. 31 ss.; ID., *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, cit., pp. 61 ss.; C. RULE, *Online Dispute Resolution for Business. For E-Commerce, B2B, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*, San Francisco 2002, pp. 105 ss.; T. WETTER, *Consumer Health Informatics. New Services, Roles, and Responsibilities*, New York 2016, pp. 76 ss.; L.M. PONTE - T.D. CAVENAGH, *Cyberjustice. Online Dispute Resolution (ODR) for E-commerce*, cit., pp. 138 ss.; I. RAMSAY, *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Portland 2012, *passim*; G. CALLIENS - P. ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, Oxford 2010, pp. 156 ss.; S. YUTHAYOTIN, *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce. A Multidimensional Analysis of Consumer Protection Mechanism*, New York 2015, pp. 229 ss.; O. DILLING - M. HERBERG - G. WINTER, *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transaction*, Portland 2008, pp. 225 ss.; Z.S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford 2015, pp. 337 ss.

Tale discutibile scelta adottata dal legislatore comunitario è criticata da parte della dottrina, secondo cui le procedure di ODR appaiono pienamente applicabili e soprattutto utili nelle controversie che investono *offline disputes* concernenti rapporti nati al di fuori dell'ambiente telematico, nel mercato reale: dall'annullamento di ogni divisione spaziale tra le parti, in modo da creare un contatto anche ove sarebbe difficile un incontro *de visu*, all'economicità della procedura; dall'asincronicità, che consente di non dover dare riscontro immediato alle altrui sollecitazioni, con il conseguente vantaggio di fruire di ponderatezza nei toni e nei contenuti delle risposte e di abbattimento delle tensioni dovuto al trascorrere del tempo, alla rapidità del procedimento, tali peculiarità conducono alla realizzazione di esiti conciliativi con minor dispendio di energie e di tempo, rappresentando un valore non soltanto nell'ambito dell'*e-commerce*, ma anche in quello delle contrattazioni nelle forme tradizionali⁴³.

Altre criticità palesate dalla piattaforma ODR promossa dall'Unione Europea concernono la rapidità, il basso costo e la riservatezza della procedura; infatti, poiché l'intervento obbligatorio degli organismi ADR limita le funzioni della Piattaforma stessa, costretta ad esercitare il ruolo meramente passivo di semplice tramite tra parti ed organismo ADR, e condiziona negativamente durata e costi della relativa procedura, è indubbiamente auspicabile l'introduzione di strumenti ODR totalmente automatizzati e fondati, ad esempio, su *solution set database* completamente gratuiti, basati sul modello di *SquareTrade's Direct Negotiation*⁴⁴, già adottato proficuamente da *E-bay* (*expert systems* che si aggiornano costantemente sulla base dei casi sottoposti e raccomandano gli accordi transattivi più idonei, sulla base di statistiche, a risolvere il caso individuato).

Nonostante sia incontrovertibilmente evidente l'economicità dei costi delle attuali procedure ODR, se paragonati a quelli dei giudizi ordinari relativi a controversie transfrontaliere, tuttavia, un ruolo attivo della piattaforma UE, il ricorso gratuito a tale tipologia di *software* e la conseguente predisposizione di una prima fase di negoziazione condotta tramite sistemi automatizzati avanzati a basso costo permetterebbero alle parti capaci di risolvere le proprie controversie in materia di contratti di vendita e di acquisto *on line*, dalle dinamiche facilmente prevedibili, di sottrarsi al pagamento degli ulteriori costi di gestione della procedura e del mediatore ADR le cui tariffe, in genere stabilite in base a scaglioni corrispondenti al valore della lite, spesso si rivelano, soprattutto nelle controversie di importo esiguo che rappresentano una larga fascia del conten-

⁴³ V.F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., pp. 31-44: «nelle procedure di ODR l'assenza di parti che si fronteggiano [...] consente di placare gli istinti emozionali più forti».

⁴⁴ Sul punto si rinvia a G. KAUFMANN-KOHLER - T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, The Hague 2004, pp. 12 ss.; T. KUBOTA, *Cyberlaw for Global E-Business: Finance, Payments, and Dispute Resolution*, New York 2008, p. 203.

zioso legato all'*e-commerce*, poco convenienti per il consumatore, al punto, a volte, di dissuaderlo dall'adesione alla medesima piattaforma.

Inoltre, gli ODR *providers* selezionati per l'Italia offrono un ventaglio di procedure piuttosto limitato e basilare poiché non adottano *technology-based ODR mechanisms*, bensì solo *technology-assisted ODR mechanism*, volti unicamente a facilitare lo svolgimento della procedura, fornendo mezzi di comunicazione più rapidi, quali *chat* ed *e-mail*; la mancanza di varietà dell'offerta ed il basso livello di sperimentazione impediscono l'effettivo sfruttamento di tutte le potenzialità innovative della piattaforma ODR, la quale, purtroppo, è ancora considerata quale mera categoria di ADR, fattispecie ancillare allo svolgimento del procedimento e mai artefice dello stesso, il quale replica in tutto e per tutto lo schema della conciliazione non virtuale semplicemente migliorandolo con l'utilizzo di tecniche informatiche.

Conclusioni

Per assicurare un elevato grado di protezione dei consumatori nel mercato digitale e superare i descritti ostacoli all'affermazione ed alla diffusione dello strumento di ODR in esame appare decisivo e dirimente un urgente ulteriore intervento dei legislatori comunitario ed italiano che superi i descritti interventi normativi alquanto generici, limitati e sporadici ed imponga l'innovativa nozione della piattaforma ODR UE quale categoria dogmatica nuova ed autonoma, capace di modificare gli strumenti tradizionali ed il modo di elaborare la risoluzione delle controversie, aperta ad *automated negotiation or blind bidding*, *multi-variable resolution optimization programs*, *software as mediator or software based mediation* e *solution set databases*, sperimentazioni significative già sviluppate in altre interessanti forme di ODR, *in primis* statunitensi, cui possono affiancarsi i sistemi di *ODP guarantees* (ossia *Online Dispute Prevention Guarantees*), quali, ad esempio, i meccanismi di *credit card charge back* oppure *peer pressure*, volti a tutelare il *consumer* preventivamente per evitare che sorgano eventuali controversie.

Dunque, si rivela ormai urgente ed improcrastinabile l'introduzione e l'affermazione, quale strumento ODR, a scapito dell'iniziale tipologia di procedura assistita, contraddistinta dalla presenza di un terzo che coadiuva le parti nel perseguimento del medesimo risultato (*assisted negotiation*), di un'innovativa procedura automatica in cui un sistema di intelligenza artificiale (il c.d. *blind bidding*, ovvero "modello di offerta al buio") consistente in un *software* che offre due notevoli vantaggi (l'uno, di natura operativa, è rappresentato dalle proprie economicità, velocità e praticità; l'altro, di stampo psicologico, è costituito dalla tutela assicurata alle parti garantendo loro il riserbo sull'entità delle proprie richieste ed una fase negoziale priva di colloqui diretti con controparte) e semplifica la composizione della controversia e l'incontro delle due posizioni negoziali in contrasto, fondandosi sulla disponibilità, preventivamen-

te manifestata da entrambe le parti esclusivamente qualora esse concordino sull'*an debeatur* ed il contraddittorio sorga unicamente in ordine al *quantum*, a raggiungere un accordo entro un lasso temporale concordato ed entro un margine differenziale (percentuale o predefinito) rispetto alla somma da ciascuno offerta per la risoluzione della vicenda⁴⁵.

La forma dell'accordo cui si perviene al termine della procedura ODR non può risolversi in un semplice modo di manifestazione delle dichiarazioni delle parti, ma deve qualificare l'istituto, condizionando la stessa esistenza del medesimo e rendendo il formato elettronico sostanza, conformemente al fenomeno, descritto recentemente da autorevole dottrina, definito del "neoformalismo", ovvero, con un eccesso di sintesi e generalizzazione, della rinascita del formalismo⁴⁶; tuttavia, la suddescritta "forma elettronica", idonea ad utilizzare il *web* come canale di diffusione delle dichiarazioni dei soggetti ed il cui invio *on line* costituisce il suggello formale della volontà dell'individuo, l'assunzione di quanto scritto a propria dichiarazione di volontà, non riesce a trovare adeguata collocazione nell'ambito delle tradizionali categorie in quanto, da un lato, non è forma verbale, poiché priva di qualsiasi vocalizzazione delle dichiarazioni stesse, né è forma scritta, giacché non impressa su un supporto durevole⁴⁷.

In prospettiva, il ruolo della piattaforma ODR⁴⁸, introdotta da poco più di un anno nel contesto socio-giuridico-economico italiano, appare fondamentale e decisivo, atteso che nel nostro Paese, da un lato, la penetrazione dell'*e-commerce* nel 2015 è stata del 4% (purtroppo mediamente 4 volte inferiore al dato emerso nei mercati di altre realtà concorrenti come Gran Bretagna, Germania e Francia) e, dall'altro, il tasso di crescita è stato, invero, del 17% nel medesimo periodo (ben superiore ai Paesi citati, dove il mercato, tuttavia, ha ormai già raggiunto una fase di maturità), ma deve necessariamente essere supportato sia da una corretta *policy* aziendale (sono ancora pochi i professionisti ad avere adeguato i loro siti web alle indicazioni contenute nel Regolamento e, di conseguenza, è ovviamente auspicabile e consigliabile che i fornitori di beni e servizi

⁴⁵ Cfr. F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., pp. 18 ss., il quale precisa che «nel modello di transazione automatica, l'accordo è concluso allorché le offerte delle parti, come modificate nella fase del rilancio, siano comprese, entrambe, nel margine differenziale rispetto all'importo da ultimo offerto, cui ciascuna parte ha dimostrato disponibilità a rinunciare. L'accordo è, quindi, concluso per un valore che rappresenta la media aritmetica degli importi da ultimo reciprocamente offerti».

⁴⁶ Sul punto si rinvia a S. SICA, *Forma, autonomia privata e negozio giuridico*, in G. AUTORINO - S. SICA, *Comparazione e diritto civile. Percorsi*, Salerno 2007, pp. 123 ss.

⁴⁷ V.F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., p. 40.

⁴⁸ In tema v. G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna (RN) 2014, pp. 35 ss.; G. BRIGANTI, *La mediazione problem solving e trasformativa nelle controversie civili e familiari, anche in ambito telematico*, Tricase (LE) 2014, pp. 66 ss.

on line procedano tempestivamente con l'adeguamento della propria posizione alle disposizioni europee), sia dall'ulteriore introduzione di ulteriori strumenti istituzionali volti ad eliminare gli ostacoli alla diffusione dell'ODR.

Questi ultimi sono attualmente legati alle ancora limitate offerta, conoscenza e promozione dello strumento, alla presunta ed infondata incompatibilità di tale tipologia di procedura con i sistemi di *civil law* ed alla atavica paura, se non addirittura diffidenza, figlie di una comune, generale e strisciante inadeguatezza a livello culturale, verso un qualcosa di estremamente nuovo, cui non si è preparati, che già attanaglia, invero, l'ADR la quale si va diffondendo nell'ultimo decennio lentamente attraverso mille difficoltà.

Pertanto, sarebbe auspicabile un intervento normativo a livello transnazionale volto a promuovere procedure obbligatorie di ODR in forza del sempre più diffuso ed agevole accesso ad internet, in controtendenza con quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale il 18 marzo 2010 ha emesso una pronuncia in cui sostiene improvvidamente che la via elettronica non deve costituire l'unica modalità di accesso ad una procedura obbligatoria di mediazione⁴⁹.

In tale prospettiva, l'UNCITRAL sin dal 2010 ha avviato un'indagine al fine di elaborare un sistema di ODR competente per la risoluzione delle controversie sorte nelle *cross-border electronic commerce transaction*; il *Working Group III*, partendo dall'esame dei modelli di riferimento ODR già in uso, purtroppo estremamente eterogenei tra loro⁵⁰, sia per struttura che per finalità, sta progettando, meritoriamente, un sistema di ODR che non può e non deve ridursi a mero adattamento dei tradizionali metodi di ADR *offline* all'ambiente telematico, bensì deve essere teso ad ottimizzare valori fondamentali quali correttezza, trasparenza, giusto processo, responsabilità, efficienza, proporzionalità dei costi e velocità della procedura, deve essere applicabile a tutte le liti a carattere transnazionale relative a rapporti di *e-commerce* sia *business to consumer* che *business to business*, sia di modesto che di elevato valore, e dovrebbe fondarsi su *issues* specifiche tra le quali «si segnalano quelle relative all'imparzialità e indipendenza del *neutral*, della riservatezza della procedura e delle comunicazioni elettroniche, del *settlement* della controversia, del diritto applicabile e dell'*enforcement*»⁵¹.

⁴⁹ Così E. MINERVINI, *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in Id. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., pp. 45 ss.

⁵⁰ In argomento si rinvia a C. MENICHINO, *Art. 19, d.lgs. 70/2003 (Composizione delle controversie)*, in G. FINOCCHIARO - F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milanofiori Assago (MI) 2014, pp. 798 ss.; G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna (RN) 2014, pp. 35 ss.; G. CAPILLI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie: dalle ADR alle ODR*, in AA.VV., *Annali 2010/2011. Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza. Università Telematica "Giustino Fortunato"*, Torino 2010-2011, pp. 51-64.

⁵¹ Testualmente, F. SBORDONE, *L'UNCITRAL e l'edificazione di un Global ODR System*, in E. MINERVINI (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., p. 65.

Segnatamente, il suddetto gruppo di lavoro UNCITRAL sta elaborando un procedimento di ODR strutturato in tre fasi da svolgersi interamente *on line* sulla piattaforma ODR (comprese le comunicazioni tra le parti):

- 1) la c.d. *technology enabled negotiation* (il *claimant* che ha dato avvio alla procedura ed il *respondent* negoziano direttamente la controversia sulla piattaforma ODR, senza l'intervento del *neutral*);
- 2) la c.d. *facilitated settlement* (se le parti non raggiungono un *settlement* della lite nella prima fase, l'ODR *administrator* nomina un *neutral adjudicator* che aiuta le parti ad addivenire ad un accordo e, se strettamente necessario, può anche aprire una fase istruttoria);
- 3) la *final stage*, sulla quale, tuttavia, il *Working Group III* ancora oggi sta discutendone natura ed effetti, dibattendo su una conclusione:
 - a) vincolante (mediante la c.d. *binding arbitration phase*, in forza delle cc.dd. *rules Track I*, cui le parti devono aderire sottoscrivendo telematicamente, già al momento della conclusione della transazione commerciale *on line* cui la procedura si riferisce, un'apposita clausola non abusiva – non può e non deve impedire al consumatore l'eventuale ricorso al proprio giudice naturale – che autorizza il *neutral* ad emettere *ex aequo et bono* e/o in conformità agli usi del commercio applicabile alla transazione controversa, entro 10 giorni dalla conclusione infruttuosa della fase facilitativa, un lodo arbitrale vincolante per le parti con efficacia di “cosa giudicata”, succintamente motivato in ragione dei fatti e delle circostanze allegati dalle parti nelle fasi precedenti);
 - b) non vincolante, conformemente alle *rules Track II*, si formula una *Neutral's recommendation* non vincolante che potrebbe divenire vincolante per le parti in ragione dell'accettazione (*agree; option I*) o essere spontaneamente eseguita da una o entrambe le parti (*option II*), pur senza essere accettata nell'ambito della procedura di ODR.

Nella consapevolezza che la tecnologia agisce come diaframma tra il riconoscimento ad ogni individuo di un percorso libero da vincoli e l'insieme di azioni, strategie e schemi programmatici e coercitivi attuati dai governi⁵², il futuro, auspicato ed urgente avvento del suddescritto sistema globale di ODR ci si augura che sconfigga definitivamente le persistenti ed in larga parte ormai immotivate diffidenze verso i sistemi di risoluzione delle liti alternativi alla tradizionale tutela giudiziale dei diritti⁵³; soprattutto con riferimento alle transazioni di modesta entità *online* e *crossborder* (anche extra-UE) ed ai problemi di mera corretta esecuzione dei rapporti commerciali, prevale nel *consumer* e nel *professional*, nell'ottica di un bilanciamento tra utilità e rischi e

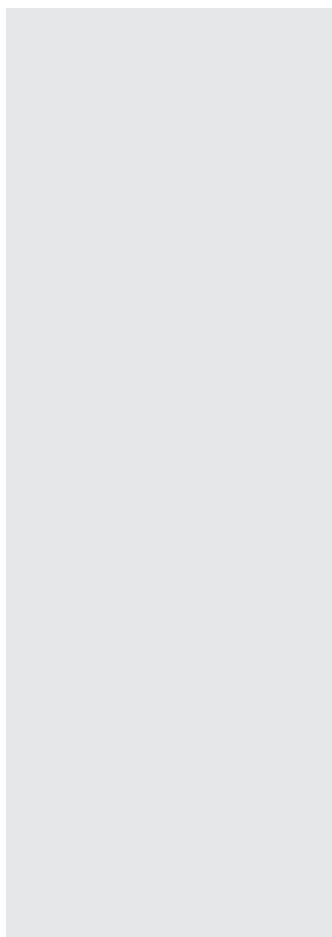
⁵² Così S. SICA - G. GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli 2014, p. 16.

⁵³ Sul punto si rinvia a G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna (RN) 2014, pp. 75 ss.

malgrado fondati dubbi dell'effettività degli strumenti di tutela, il *favor* per i sistemi di ODR "endogeni", completamente inclusi nella piattaforma *web* sulla quale si conclude la transazione commerciale *de quo*, celeri, poco costosi e di immediata ed effettiva attuazione, spontaneamente osservata dalle parti (c.d. *self-executing*)⁵⁴.

⁵⁴ Cfr. F. SBORDONE, *L'UNCITRAL e l'edificazione di un Global ODR System*, cit., pp. 66 ss.

PROFESSIONI, CULTURA E SOCIETÀ



La tutela del consumatore e gli obblighi di informazione nel diritto alimentare europeo

Martina Di Pietro

I poliedrici aspetti della protezione del consumatore nel diritto alimentare europeo

Il presente articolo prende in esame la disciplina della protezione del consumatore nell'ambito della normativa sul diritto alimentare europeo. A tal fine, è interessante osservare la crescente rilevanza che ultimamente hanno assunto i profili della sicurezza e della salute del consumatore, unitamente a quelli relativi all'acquisizione della consapevolezza delle caratteristiche tipiche di un alimento oggetto di acquisto.

Le numerose crisi alimentari scoppiate in Europa alla fine degli anni Ottanta e dilagate nel corso degli anni Novanta, hanno dimostrato le profonde carenze del sistema comunitario in materia; in conseguenza di ciò, il diritto dell'alimentazione ha assunto negli ultimi tempi una particolare attenzione, tanto da costituire oggetto di studi specifici, rivendicando un'autonomia scientifica.

A titolo esemplificativo, si può citare come caso recente l'epidemia provocata dal batterio di *Escherichia coli*, scoppiata in Germania il 22 maggio 2011, a seguito dell'ingestione da parte dell'uomo di alimenti o acqua contaminati¹. Tuttavia, l'evento rivoluzionario che più di tutti ha sconvolto l'opinione pubblica e messo in luce la necessità di disporre un piano d'azione, capace davvero di combattere i problemi legati alla sicurezza alimentare, è stata la crisi dell'encefalopatia spongiforme bovina, comunemente nota come "morbo della mucca pazza", scoppiata in Gran Bretagna.

La conseguente reazione per cercare di porre un argine alla crisi sanitaria è stata il blocco delle importazioni delle carni provenienti dalla Gran Bretagna, in applicazione del principio di precauzione². Si tratta di un principio gene-

¹ A. VENTURI, *Analisi del rischio e sicurezza alimentare: i fondamenti, le controversie, la regulation*, Guerrini e Associati, Milano 2008, p. 15.

² Il principio di precauzione è sorto nell'ambito del diritto internazionale dell'ambiente, per evitare l'inerzia degli Stati di fronte ad un rischio possibile ancorché non ancora valutabile con precisione. L'art. 191 del TFUE al paragrafo 2 prevede che «la politica della comunità nella materia della tutela dell'ambiente è fondata sul principio di precauzione e d'azione preventiva, sul principio di correzione alla fonte degli attentati all'ambiente, e sul principio di chi inquina paga» (V.P. BORGHI, *Il rischio alimentare e il principio di precauzione*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, vol. 3, *Il diritto agroalimentare*, Utet, Torino 2011, p. 67).

rale che viene richiamato in situazioni di incertezza scientifica, e cioè tutte le volte che venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute. Dunque, in presenza di un rischio potenziale, sulla base delle valutazioni delle informazioni disponibili, il principio di precauzione consente di adottare misure provvisorie di gestione del rischio; queste misure sono necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la comunità persegue, nell'attesa di ricevere ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio. La decisione presa all'epoca, in assenza di una regolamentazione unitaria in tema di sicurezza alimentare, mostra chiaramente l'incompatibilità con quelli che sono gli obiettivi primari dell'Unione europea di creare uno spazio comune, caratterizzato dalla libera circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi (art. 28 TFUE).

Così, al fine di salvaguardare il settore agroalimentare da crisi ricorrenti e di restituire ai consumatori la fiducia nei confronti delle Istituzioni europee, è stato emanato il regolamento n. 178/2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare³. Da tale regolamento, conosciuto anche come *General Food Law*, prende avvio la legislazione alimentare comunitaria. Il legislatore europeo, prendendo spunto prima dal *Libro Verde sui principi generali della legislazione alimentare nell'Unione europea* del 1997 e poi dal successivo *Libro Bianco sulla sicurezza alimentare* del 2000, ha deciso di abbandonare l'approccio settoriale e verticale.

Va riconosciuto al diritto comunitario il merito di aver contribuito all'introduzione di strumenti di tutela del consumatore all'interno di numerosi settori dell'ordinamento, tra cui quello dell'alimentazione⁴. In generale, gli articoli 12 e 169 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prevedono che l'Unione sia chiamata a «promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione», mentre, nel dettaglio, il Regolamento n. 178/2002 ha codificato i principi e le regole che stabiliscono i fondamenti dell'attuale diritto alimentare europeo, garantendo la tutela della salute umana. Ciò che emerge è la poliedricità del concetto di tutela del consumatore di alimenti, poiché la normativa tocca, da un lato, gli aspetti relativi alla tutela della salute umana e, dall'altro, la tutela degli interessi economici.

La caratteristica della nuova politica di sicurezza alimentare consiste nel fatto che essa mira a proteggere i consumatori e, contestualmente, a garantire il regolare funzionamento del mercato unico. La protezione della salute del consumatore di alimenti viene così realizzata attraverso una normativa diretta alla

³ A. GERMANÒ, M.P. RAGIONIERI, E. ROOK BASILE, *Diritto agroalimentare le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, Giappichelli, Torino 2014, p. 47.

⁴ V. art. 2, punto n. 18 del regolamento n. 178/2002, in base al quale il consumatore finale di un prodotto alimentare è colui che non utilizza tale prodotto nell'ambito di un'operazione o attività di un'impresa del settore alimentare.

regolazione della circolazione di prodotti alimentari sicuri e alla regolazione degli scambi. Il regolamento n. 178/2002 si prefigge, infatti lo scopo di garantire la qualità e la sicurezza degli alimenti, vietando di immettere in commercio alimenti a rischio, dannosi per la salute o inadatti al consumo umano.

I consumatori devono poter essere posti in condizione di scegliere razionalmente e consapevolmente quali alimenti acquistare, poiché il corretto funzionamento del mercato dipende proprio dalle loro scelte efficienti. Perciò, le istituzioni comunitarie si pongono gli obiettivi di assicurare cibi sani e sicuri lungo tutta la filiera produttiva agro-alimentare, predisponendo un controllo integrato *from farm to table* e prescrivendo obblighi di corretta informazione. Nella formula “sicurezza dai campi alla tavola” è racchiuso lo spirito dell'intervento normativo e di controllo che caratterizza il *modus agendi* degli operatori pubblici e privati del settore degli alimenti e dei mangimi.

L'attività di coloro che operano sui prodotti agricoli si estende verso l'esterno, ovvero, sul mercato. L'introduzione dell'aspetto del mercato fa sì che gli alimenti vengano ad assumere la qualità di «merce»⁵. Un'attenta analisi del moderno mercato alimentare ci porta ad osservare come esso sia fatto di gesti anonimi, in quanto la globalizzazione ha azzerato quasi del tutto i rapporti umani e diretti tra produttori e consumatori. Nella realtà odierna il mercato non è più il luogo della contrattazione e del dialogo ma quello in cui lo scambio si caratterizza per l'anonimato della parte acquirente e il muto gesto del pagamento di un prezzo determinato.

Da qui, nasce l'esigenza di tutelare il consumatore, destinatario finale del consumo di alimenti, prescrivendo l'obbligo di fornire informazioni veritiere e non ingannevoli, poiché da parte “debole” del rapporto contrattuale è divenuto un soggetto portatore di interessi ulteriori rispetto a quelli meramente economici. Quest'ultimo infatti è titolare di diritti fondamentali della persona, quali il diritto all'informazione alimentare e alla sicurezza⁶. L'intento è quello di assicurare, attraverso sistemi sempre più elaborati, una formazione consapevole e razionale del consenso, garantendo la correttezza delle comunicazioni in qualsiasi fase del processo formativo della volontà.

Esistono ulteriori caratteristiche esclusive del mercato alimentare: l'andamento dei ricavi è fortemente soggetto ai cambiamenti climatici; gli alimenti sono merci facilmente deperibili; ed, infine occorre fornire un'informazione il più dettagliata possibile, poiché gli alimenti possono causare reazioni allergiche e, nei

⁵ Sulla “doppia” configurazione dei prodotti agricoli, ora come alimenti destinati a soddisfare le esigenze primarie delle popolazioni, ora come merci da vendere sui mercati, v. A. JANNARELLI, *I prodotti agricoli tra alimenti e merci: alle radici moderne della “eccezionalità” agricola*, in *Riv. dir. agr.*, I/2013, p. 407, e in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. 2, Napoli 2014, p. 217.

⁶ S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, Giappichelli, Torino 2012, p. 135.

casi estremi, condurre alla morte⁷. Una soluzione diretta a consentire ai consumatori di compiere scelte consapevoli sugli alimenti da acquistare è quella di evitare che essi vengano tratti in inganno, attraverso pratiche commerciali fraudolente o ingannevoli, imponendo agli operatori del settore alimentare l'obbligo di fornire un'adeguata etichettatura dei propri prodotti. Esistono inoltre, numerose disposizioni in materia di igiene e di controlli, tra cui può esser citato il c.d. "pacchetto igiene", comprensivo dei regolamenti n. 852-853-854-882 del 2004.

In sostanza, il legislatore si propone di tutelare il consumatore, regolando l'intera filiera alimentare, attraverso la predisposizione di una serie di obblighi e principi che gli operatori del settore alimentare devono osservare.

Alla luce di queste affermazioni si apprende come, la protezione del consumatore sia affidata all'assolvimento degli obblighi informativi da parte del professionista, sul quale ai sensi dell'art. 17 del regolamento n 178/2002 ricade la responsabilità primaria della sicurezza degli alimenti⁸.

Infatti gli operatori del settore alimentare, al fine di tutelare la libera autodeterminazione del consumatore, devono adempiere all'obbligo di tenere la massima diligenza nella organizzazione aziendale. Uno dei principali strumenti per garantire la sicurezza dei prodotti alimentari e la prevenzione dei danni derivanti dalla circolazione di alimenti pericolosi per la salute è la procedura di autocontrollo aziendale. Gli operatori del settore alimentare devono infatti, predisporre, attuare e mantenere una o più procedure permanenti di autocontrollo aziendale per la sicurezza alimentare, basandosi sui principi del sistema HACCP (ovvero, *Hazard Analysis and Critical Control Points*)⁹. La formula, che tradotta significa "Analisi del rischio e punti critici di controllo", rappresenta una metodologia che permette l'individuazione, la prevenzione, l'eliminazione o la riduzione dei rischi presenti in una filiera direttamente da parte del produttore. In sostanza, a seguito della direttiva n. 99/34 è stata parificata la posizione dell'agricoltore, allevatore, pescatore e cacciatore a quella dell'industriale e conseguentemente essi non potranno più addurre come giustificazione che l'irregolarità e l'insicurezza di un prodotto è frutto della conseguenza inevitabile della produzione di massa, ma il difetto è manifestazione di una carenza di sicurezza dipendente sempre da una deficitaria organizzazione imprenditoriale. L'articolo 115 del codice del consumo enuncia espressamente che il produttore è responsabile oggettivamente del danno cagionato da difetti del suo prodotto.

A livello istituzionale, un ruolo chiave nella protezione del consumatore è svolto invece dall'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare (EFSA)¹⁰, che

⁷ A. MILETTI, *Obblighi informativi e tutela della salute del consumatore: health claims, prescrizioni di forma ed obbligo di informare se stesso*, Esi, Napoli 2012, p. 51.

⁸ V. *Rassegna diritto civile*, 2016 e sent. n. 18711/2016, sez. 6-2.

⁹ A. ALBISINNI, *La qualità in agricoltura e nell'alimentazione*, in *Riv. dir. alim.*, 3/2009, p. 56.

¹⁰ L'EFSA è un'agenzia dell'Unione europea, avente sede a Parma. Essa produce consulenza specialistica per consentire alla Commissione europea, al Parlamento europeo e agli Stati

è stata istituita ufficialmente nel 2002 quale agenzia europea indipendente e fornisce consulenza scientifica e pareri tecnici durante la fase di valutazione dei rischi relativi alla sicurezza di alimenti e di mangimi. L'EFSA si propone di restituire fiducia ai consumatori nei confronti delle istituzioni comunitarie, al fine di evitare di correre il rischio di assistere ad un fallimento del mercato interno.

La rilevanza economica del settore agroalimentare europeo è un dato difficilmente contestabile e per questo motivo l'Unione europea ha riconosciuto l'importanza di permettere la libera circolazione dei prodotti alimentari all'interno del mercato unico europeo solo se rispettosi delle normative stabilite in tema di sicurezza alimentare. A tale stregua, negli ultimi anni si è affermata una dimensione etica dell'alimentazione, che ha portato ad una maggiore attenzione alle modalità di produzione e di consumo del cibo, nel rispetto della tutela della salute, della qualità degli alimenti e delle dinamiche commerciali europee ed internazionali. Dal lato dei consumatori si è diffusa una coscienza di acquistare prodotti che riducano al minimo i danni alla salute ed un forte timore nei confronti delle nuove forme di intervento dello sviluppo tecnologico in tale settore. Dal lato dei produttori alimentari è stata avvertita una maggiore attenzione nella cura dell'intero percorso dell'alimento, dalla produzione, alle modalità di approvvigionamento, di lavorazione nelle fasi di condizionamento, fino alla conservazione, trasformazione ed alla distribuzione attraverso la «tracciabilità di filiera».

Le ragioni di uno studio incentrato sull'informazione alimentare

Il diritto europeo dell'alimentazione indica in che modo il contratto dovrà essere redatto per corrispondere ad un modello di corretta contrattazione, introducendo prescrizioni di forma vincolata che devono necessariamente essere presenti negli alimenti¹¹. La dottrina ha parlato di neo formalismo, poiché il rispetto degli adempimenti formali predisposti dalla legge garantisce l'immissione in commercio di cibi sani e sicuri.

Le informazioni che devono essere fornite al consumatore finale sono attualmente previste nel regolamento (UE) n. 1169/2011, applicabile dal 13 dicembre 2014 e sono finalizzate a tutelare sia gli acquirenti che la lealtà nella concorrenza. Oltre alla disciplina applicabile in generale agli alimenti, regole ulteriori in materia di informazione possono venire in gioco qualora, ad esempio, si sia in

membri dell'UE di prendere decisioni efficaci e puntuali in materia di gestione del rischio. L'Autorità, inoltre comunica con il pubblico in modo aperto e trasparente su tutte le materie che rientrano nel suo ambito di competenza. Vedi F. CAPELLI, B. KLAUS, V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Giuffrè, Milano 2006, p. 361.

¹¹ Secondo quanto previsto dall'art. 2 del regolamento CE n. 178/2002, l'alimento è «qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito dagli esseri umani».

presenza di *novel foods*, OGM o prodotti biologici, previsti rispettivamente dai regolamenti (CE) n. 258/97, n. 1829-1830/2003 e n. 834/2007.

Se vogliamo individuare le origini di un “modello informativo” in ambito comunitario, è opportuno citare la sentenza *Cassis de Dijon* del 1979¹². Il caso trattato riguardava la possibilità di importare e commercializzare lecitamente in Germania il distillato di frutta francese *Cassis de Dijon*, la cui gradazione alcolica fra i 15°/20° era inferiore a quella minima di 25°, fissata dalla legge tedesca per la messa in commercio di liquori alla frutta. Questa sentenza è storica poiché ha contribuito ad introdurre il famoso principio del “mutuo riconoscimento” secondo cui, in forza dei principi di equivalenza tra le varie legislazioni e di reciproca fiducia, lo Stato destinatario non può imporre una duplicazione di controlli ma è tenuto al rispetto della disciplina del paese di origine dell'alimento. Il prodotto agricolo può circolare nell'intero territorio dell'Unione con il nome legalmente assegnatogli dallo Stato in cui è prodotto, anche se a quel nome, nello Stato importatore, corrisponde un prodotto di qualità e di composizione diverse. Si sancisce così l'obbligo di accettazione da parte di ogni Stato membro delle denominazioni merceologiche legali degli altri Stati membri, senza che questi debbano necessariamente rispettare le prescrizioni normative dello Stato importatore, a meno che non ricorrano motivi imperativi di interesse generale. Questo principio, riaffermato in maniera pressoché identica in numerose altre sentenze successive relative alla pasta¹³, all'aceto¹⁴ e alla birra¹⁵, se da un lato ha permesso una “corsa in avanti” verso la liberalizzazione degli scambi comunitari, dall'altro ha sacrificato altri aspetti, come la maggiore tutela dei consumatori. Per queste ragioni, in un secondo momento il giudice comunitario ha dovuto apportare un temperamento, ammettendo la non applicabilità in alcuni casi del principio di mutuo riconoscimento.

Con la successiva sentenza *Smanor*, infatti, la Corte di giustizia ha precisato che, quando il prodotto legalmente fabbricato in uno Stato membro e venduto in un altro Stato membro, si discosta in modo notevole, con riguardo

¹² Sul principio del mutuo riconoscimento v. sent. Corte giust. 20 febbraio 1979, causa 120/78 e A. DI LAURO, *Comunicazione pubblicitaria e informazione nel settore agro-alimentare*, Giuffrè, Milano 2005, p. 319.

¹³ Sentenza del 14 luglio 1988 in causa C-90/86, *Zoni*. La Corte ha ritenuto che l'estensione ai prodotti importati di un divieto di vendere pasta prodotta con grano tenero o con una miscela di grano tenero e di grano duro, come quello contenuto nella legge italiana sulle paste alimentari, è illegittimo. Tra le motivazioni la Corte afferma che il termine “pasta” ha un significato generico e non implica affatto che nella produzione sia stato usato solo grano duro.

¹⁴ Sentenza del 26 giugno 1980 in causa C-788/79, *Gilli*.

¹⁵ Sentenza del 12 marzo 1987 in causa C-178/84, *Commissione c. Repubblica federale tedesca*. In tale sentenza, relativa alla legge di purezza della birra della Repubblica federale tedesca, la Corte dichiara illegittimo il comportamento dello Stato tedesco che pretende certi standards qualitativi per il prodotto chiamato birra commercializzato sul proprio territorio. Per la Corte il nome “*bier*” è divenuto un nome generico.

alla composizione o alle sue caratteristiche qualitative, da quello fabbricato da quest'ultimo Stato ed ivi commercializzato con una denominazione di vendita tipica divenuta tradizionale, i giudici di questo Stato possono statuire che il prodotto, proveniente dal primo Stato, venga commercializzato all'interno del secondo, con una denominazione di vendita diversa da quella impiegata per la vendita del prodotto nazionale tradizionale¹⁶. Si vuole così porre maggiore attenzione e tutela ai prodotti agroalimentari aventi caratteristiche qualitative particolari, in contrasto con il fenomeno della volgarizzazione del nome legale dei prodotti. A tal fine, l'art. 17.3 del regolamento n. 1169/2011 prevede che la denominazione di vendita dello Stato membro di produzione non può essere usata quando il prodotto che designa si discosta in maniera sostanziale dal prodotto conosciuto sul mercato nazionale con tale denominazione.

Attualmente gli obblighi di informazione alimentare sono stati perfezionati e l'art. 7 del regolamento n. 1169/2011 prescrive che tanto l'etichettatura, la presentazione del prodotto e la pubblicità non devono essere ingannevoli per il consumatore. Le informazioni vengono scritte sul rettangolo di carta che circola insieme al prodotto: l'etichetta, che fornisce notizie puntuali in ordine ai dati che permettono al consumatore di compiere scelte razionali.

Il regolamento definisce l'etichetta all'art. 2, par. 2, lett. i), come: «qualunque marchio commerciale o di fabbrica, segno, immagine o altra rappresentazione grafica scritto, stampato, stampigliato, marchiato, impresso in rilievo o a impronta su un recipiente che contiene un prodotto alimentare o che lo accompagna»¹⁷. L'etichetta diviene così il “luogo” privilegiato in cui il produttore può inserire quelle informazioni volontarie, aggiuntive rispetto a quelle che la legge gli impone, al fine di captare l'attenzione della clientela, divenendo essa stessa un “bene” capace di incidere sulle regole del mercato e della concorrenza. Essa è così uno strumento di marketing, volto a promuovere commercialmente il prodotto¹⁸. Risulta perciò, tutt'altro che casuale l'attenzione prestata dal legislatore europeo all'informazione alimentare, poiché essa è funzionale alla formazione di un consenso reale ed effettivo; ed infatti, è proprio

¹⁶ Sentenza del 14 luglio 1988 in causa C-298/87, in cui si è discusso sulla denominazione “yogurt”, che in alcuni Paesi, come in Francia, veniva usata per il prodotto contenente un'elevata quantità di fermenti lattici vivi, mentre in altri paesi, come l'Olanda, poteva essere usata anche per il prodotto i cui fermenti lattici non sono vivi. Nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto l'inapplicabilità del principio del mutuo riconoscimento in quanto la differenza nella composizione del prodotto nei due Stati, era talmente evidente da poter ritenere che non si trattasse dello stesso prodotto, v. F. CAPELLI, *Yogurt francese e pasta italiana*, in *Riv. dir. com. scam. internaz.*, 1998, p. 389.

¹⁷ A. DI LAURO, *Nuove regole per l'informazione sui prodotti alimentari e nuovi analfabetismi. La costruzione di una responsabilità del consumatore*, in *Riv. dir. alim.*, 2/2012, p. 18.

¹⁸ A. VETTOREL, *Il paradosso dell'informazione nel diritto alimentare globale. La comunicazione dell'origine e della provenienza geografica degli alimenti nel diritto dell'Unione europea e internazionale*, Jovene, Napoli 2016, p. 142.

dalle scelte efficienti dei compratori che dipende il corretto funzionamento del mercato. Tuttavia, occorre mettere in luce che, se da un lato l'etichetta esplica la funzione di tutelare il consumatore, poiché il regime giuridico concernente la sua forma e il suo contenuto costituisce fonte di responsabilità dell'imprenditore che ometta o alteri le informazioni in danno alla controparte, dall'altro lato, è anche causa di auto-responsabilità del consumatore stesso. Quest'ultimo, una volta che è stato correttamente informato circa le caratteristiche dell'alimento si accolla infatti il rischio della preferenza della merce acquistata.

È un fatto incontestabile che il produttore abbia una maggiore conoscenza delle proprietà qualitative dell'alimento rispetto al consumatore e che ciò contribuisca ad aumentare la c.d. «asimmetria informativa»¹⁹. Al fine di riequilibrare le posizioni, evitando che il produttore utilizzi tale situazione in danno alla controparte, il diritto comunitario interviene attraverso la previsione di una griglia di informazioni che devono necessariamente ed inderogabilmente essere assicurate ai consumatori. Dal punto di vista formale, non basta che tali informazioni obbligatorie siano presenti, ma occorre anche che siano rispettate le modalità di redazione dell'etichetta. In quest'ottica la forma è finalizzata alla trasparenza contrattuale e funge da veicolo del contenuto del contratto. L'art. 15 del regolamento n. 1169/2011 stabilisce che: si deve usare la lingua facilmente comprensibile dai consumatori dello Stato in cui l'alimento è commercializzato, pur essendo previsto che gli Stati membri possano imporre che le dette informazioni siano fornite in una o più lingue ufficiali dell'UE; esse devono inoltre, ai sensi dell'art. 13, essere posizionate in modo evidente, cioè devono essere facilmente visibili e chiaramente leggibili, nonché scritte in modo indelebile, dunque, non possono essere nascoste, oscurate, troncate o separate o essere espresse con caratteri microscopici.

La normativa comunitaria sull'etichetta: informazioni obbligatorie e volontarie

La funzione di fornire un'adeguata informazione sulle caratteristiche del prodotto e di garantire la correttezza delle operazioni commerciali è svolta dall'etichetta. Tenuto conto che essa incide sulla concorrenza, potendo costituire una barriera non tariffaria alla circolazione dei prodotti nel mercato intracomunitario, il legislatore europeo ha deciso di abbandonare lo strumento della direttiva e ha emanato disposizioni equivalenti per i ventotto Stati membri in materia di etichettatura con il regolamento n. 1169/2011. Il rapporto negoziale tra imprenditore e consumatore è sorretto da una comunicazione caratterizzata da un linguaggio molto sintetico che si articola soprattutto in segni e simboli.

Dal complesso di norme contenute nel regolamento n. 1169/2011 emerge l'obiettivo di raggiungere un elevato livello di protezione della salute e degli

¹⁹ G. SPOTO, *Tutela del consumatore e sicurezza alimentare: obblighi di informazione in etichetta*, in *Riv. Contratto e impresa*, 2014, p. 1071 e A. GERMANÒ, *Sull'etichetta degli alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, I/2010, p. 67.

interessi dei consumatori, fornendo le basi per effettuare scelte consapevoli e per utilizzare gli alimenti in modo sicuro²⁰. Il regolamento, infatti promuove la competizione fra i produttori, prevedendo all'art. 9 le varie informazioni obbligatorie che devono essere presenti in etichetta laddove sussista un sensibile squilibrio tra le posizioni di partenza dei soggetti coinvolti. Per effetto del combinato disposto dell'art. 14 del regolamento n. 178/2002 e dell'articolo 9 del regolamento n. 1169/2011, la natura obbligatoria delle informazioni rilevanti per la salute del consumatore produce, sul piano della circolazione degli alimenti, la conseguenza che i beni privi di siffatte indicazioni non siano commerciabili.

Tali informazioni obbligatorie possono essere classificate in un triplice ordine:

- a) le informazioni sull'identità, sulla composizione, sulle proprietà o su altre caratteristiche del prodotto;
- b) le informazioni sulla protezione della salute dei consumatori e sull'uso sicuro dell'alimento. Si tratta: di informazioni su determinati componenti del prodotto finito che possono avere un effetto nocivo sulla salute di alcune categorie di consumatori; della data di scadenza; infine, di informazioni sulle condizioni di conservazione e di utilizzazione sicura;
- c) le informazioni sulle caratteristiche nutrizionali, con l'indicazione del valore energetico dell'alimento, la quantità di grassi, acidi grassi saturi, carboidrati, zuccheri, proteine e sale.

La prima categoria raccoglie l'insieme dei dati necessari all'identificazione dell'alimento nel mercato e alla sua distinzione tra i prodotti simili, mediante la denominazione merceologica, ossia il suo nome legale. L'etichetta deve, *in primis* elencare: gli ingredienti, il titolo alcolometrico volumico effettivo per le bevande che contengono più di 1,2% di alcol in volume e la quantità di enzimi, additivi, aromi, edulcoranti, coloranti o conservanti. In particolare, occorre mettere in evidenza l'eventuale presenza di sostanze contenute nell'allegato II capaci di provocare allergie o intolleranze, quali crostacei, uova, arachidi, latte, mandorle, cereali contenenti glutine ecc. e la presenza di integratori alimentari o di organismi geneticamente modificati, se presenti in misura superiore allo 0,9%. Tra le ulteriori informazioni obbligatorie possiamo citare il nome o la ragione sociale con l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare e il paese d'origine o il luogo di provenienza, nel caso in cui l'omissione di questa indicazione sia suscettibile di indurre in errore materiale il consumatore.

Al contrario, in etichetta è vietato riportare indicazioni che possano indurre in errore il consumatore sulle caratteristiche dell'alimento²¹. Infatti essa non

²⁰ I.M. DE CLEMENTE, M. VALLESTRISCO, *Il rebus delle etichette alimentari*, Giappichelli, Torino 2012, p. 82 e L. COSTATO, P. BORGHI - S. RIZZIOLI - V. PAGANIZZA - L. SALVI, *Compendio di diritto alimentare*, 7ª ed., Cedam, Milano 2015, p. 215.

²¹ P. BORGHI, *Diritto d'informazione nel recente regolamento sull'etichettatura*, in *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, a cura di C. RICCI, Giuffrè,

deve attribuire al prodotto effetti o proprietà che non possiede, non deve suggerire che il prodotto abbia proprietà particolari quando tutti i prodotti analoghi le possiedono ed, infine, non deve attribuire al prodotto la proprietà di prevenire, trattare o guarire malattie²².

Per alcune tipologie di alimenti, come le carni bovine²³ e il pesce, è necessario indicare in etichetta anche i dati che consentono la loro tracciabilità, affinché la P.A. e i consumatori siano in grado di conoscere l'origine del prodotto e di seguirlo lungo tutta la filiera.

Ovviamente, gli operatori economici sono liberi di utilizzare indicazioni facoltative allo scopo di promuovere i loro prodotti, purché esse rispettino due requisiti. Innanzitutto, si deve trattare di informazioni conformi alle prescrizioni in materia di etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari, in secondo luogo, le indicazioni devono essere veritiere e non decettive. Gli operatori del settore alimentare fanno così ricorso a queste informazioni volontarie, al fine di captare la benevolenza del consumatore, vincendo la gara sul mercato. Il riferimento è soprattutto alle indicazioni facoltative di qualità, che consentono all'imprenditore di enfatizzare le proprietà del prodotto e di attirare l'attenzione del consumatore in ragione del messaggio pubblicitario.

Le denominazioni di origine protetta (DOP), le indicazioni geografiche protette (IGP) e le specialità tradizionali garantite (STG)

Il disagio ingenerato da un sistema alimentare più uniforme, omologato e in qualche misura straniato dal territorio, produce inedite forme di nostalgia della campagna e un recupero del locale. Nel mercato la circostanza che un bene

Milano 2012, p. 273 e S. MASINI, *Prime note sulla disciplina europea delle indicazioni nutrizionali e sulla salute*, in *Dir. giur. agr. alim. e ambiente*, 2007, p. 73.

²² L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento 1169/2011*, in AA.VV., *Tracciabilità ed etichettatura degli alimenti. Partecipazione e sicurezza*, Polistampa, Firenze 2012, p. 38.

²³ Il Regolamento (CE) n. 1760/2000 ed il successivo Regolamento (CE) n. 1825/2000, relativo all'identificazione, alla registrazione e all'etichettatura delle carni bovine e dei prodotti a base di carni bovine, trae origine dalla necessità di assicurare in modo certo ed efficace la trasparenza, nei confronti del consumatore, delle condizioni di produzione e di commercializzazione del comparto delle carni bovine e interessa gli operatori che commercializzano sia carni bovine che prodotti a base di carni bovine. Esso prevede un sistema di identificazione e registrazione dei bovini basato sui seguenti elementi: marchi auricolari per l'identificazione dei singoli animali; basi dati informatizzate; passaporti per gli animali; registri individuali, tenuti presso ciascuna azienda. L'etichetta deve contenere le seguenti informazioni: un numero o un codice di riferimento che permetta di collegare la carne in vendita all'animale da cui proviene; il numero dell'approvazione del macello e il nome dello Stato in cui si trova; il numero dell'approvazione del laboratorio di sezionamento e il nome dello Stato in cui tale laboratorio è localizzato; il nome dello Stato di nascita dell'animale; il nome dello Stato in cui è avvenuto l'ingrasso e la macellazione; cfr. C. DE STEFANIS - C. LOSAVIO - T. BABUSCIO, *La disciplina giuridica della filiera della carne in Belgio, Irlanda e Regno Unito*, Giuffrè, Milano 2002, p. 267.

provenga da un luogo famoso è sempre stato un valore aggiunto; per questo motivo sono stati elaborati segni che cercano di sfruttare la reputazione dei territori in cui si realizzano determinati alimenti. Si tratta di segni capaci di “narrare” la storia del prodotto, il suo “valore” dovuto a fattori umani ed a fattori naturali, il suo “rapporto” con il territorio e con una comunità, al fine di acquisire e mantenere una clientela attratta dalla reputazione e dalla fama del luogo di produzione. Il regolamento (UE) n. 1151/2012 accorpa così in un unico testo normativo la disciplina delle DOP (denominazioni di origine protette), delle IGP (indicazioni geografiche protette), delle STG (specialità tradizionali garantite) ed istituisce il nuovo regime delle indicazioni facoltative di qualità²⁴. L'utilizzo di questi segni permette al produttore di vincere la gara concorrenziale e gli consente di distinguere il suo prodotto dagli altri del medesimo genere, influenzando la scelta di acquisto del consumatore.

Assodato che i requisiti igienico-sanitari devono necessariamente sussistere in capo a tutti i prodotti agroalimentari, affinché possano essere immessi nel mercato, la qualità è un pregio che il prodotto può eventualmente ed ulteriormente avere. Tuttavia, non esistendo un concetto di qualità in senso assoluto, occorrono normative standard che in modo vincolante ricolleghino a certi dati oggettivi quella sensazione di piacere che l'alimento ha dato ad un rilevante numero di consumatori, facendogli acquisire fama. In particolare, solamente le DOP e le IGP, con importanti differenze tra loro, comunicano una determinata zona geografica di provenienza, mentre le STG riguardano un determinato metodo di produzione.

Il processo di omologazione e di mondializzazione dei mercati e dei modelli alimentari ha provocato una nuova e diversa attenzione verso il recupero del locale²⁵. Comunicare l'origine geografica del prodotto agricolo vuol dire indicare che esso trae dallo specifico luogo di produzione particolari caratteristiche inesistenti negli altri prodotti analoghi realizzati su aree geografiche diverse. Data l'importanza del messaggio che il toponimo esercita sul pubblico, poiché collega al prodotto la bellezza e la rinomanza che un particolare luogo suggerisce nel consumatore, sono stati elaborati i segni DOP e IGP che cercano proprio di sfruttare la reputazione dei territori in cui si realizzano determinati alimenti.

I requisiti per l'attribuzione delle DOP e IGP sono previsti dall'art. 5 del regolamento citato. La norma definisce la DOP come il «nome che identifica un prodotto: a) originario di un luogo, regione o, in casi eccezionali, di un paese determinati; b) la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute *essenzialmente* o *esclusivamente* ad un particolare ambiente geografico ed ai suoi intrinseci fattori umani e naturali; c) le cui fasi di produzione si svolgono nella zona geografica delimitata». La denominazione d'origine dunque richiede che tutte

²⁴ A. GERMANÒ, *Le politiche europee della qualità alimentare*, in *Riv. dir. alim.*, 3/2009, p. 14.

²⁵ M. GOLDONI - E. SIRSI, *Il ruolo del diritto nella valorizzazione e nella promozione dei prodotti agro-alimentari*, Giuffrè, Milano 2011, p. 282.

le fasi della produzione avvengano nella zona indicata. Per quanto riguarda le IGP, invece, il legame con il territorio è senz'altro più debole²⁶. Il citato art. 5, infatti afferma che tale segno consiste nel «nome che identifica un prodotto: a) originario di un determinato luogo, regione o paese; b) alla cui origine geografica sono *essenzialmente* attribuibili una data qualità, la reputazione o altre caratteristiche; e c) la cui produzione si svolge *per almeno una delle sue fasi* nella zona geografica delimitata».

I produttori, per poter fregiare i propri prodotti alimentari di tali segni, devono rispettare uno specifico disciplinare di produzione, il quale deve essere preventivamente inviato unitamente alla domanda di registrazione allo Stato membro territorialmente competente. Il regolamento n. 1151/2012 prevede un'articolata procedura che si snoda in due fasi: la prima, di valutazione preliminare, si svolge a livello nazionale davanti al Ministero delle politiche agrarie e forestali (MiPAAF) ed ha inizio nel momento in cui l'associazione di produttori interessati presenta l'apposita domanda di registrazione; mentre la seconda, prevede la decisione finale della Commissione in merito alla registrazione della DOP o dell'IGP. Lo Stato destinatario è quindi tenuto a compiere una verifica preliminare della domanda e dopo aver risolto le eventuali opposizioni, trasmette la documentazione alla Commissione che compie un'ulteriore verifica e qualora ritenga che la denominazione possieda i requisiti necessari per ottenere la protezione, pubblica la domanda di registrazione nella Gazzetta Ufficiale dell'UE, per dare la possibilità agli interessati di proporre opposizione. Nel caso in cui non siano state proposte opposizioni o esse siano state risolte, la denominazione è iscritta nel Registro delle denominazioni d'origine protette e delle indicazioni geografiche protette. Le indicazioni menzionate sono finalizzate a tutelare i produttori che rispettino i requisiti contenuti nei disciplinari di produzione, consentendo loro di poter esercitare il diritto di privativa e lo *ius escludendi*, ovvero il divieto di utilizzo dell'indicazione da parte di tutti gli altri soggetti che producano fuori dalla zona o che non rispettino tali regole.

Abbiamo precedentemente visto come il legislatore europeo abbia deciso di introdurre, con il reg. 1151/2012, anche un'altra certificazione di qualità, ovvero le specialità tradizionali garantite o STG. A differenza delle DOP o IGP, qui non si tutela la territorialità, bensì la specificità di alcuni metodi di produzione e il rispetto della tradizione. L'obiettivo è quello di aiutare tali produttori a commercializzare ed a comunicare ai consumatori le proprietà che conferiscono un valore aggiunto ai loro alimenti, distinguendoli da altri prodotti agricoli o alimentari analoghi²⁷.

²⁶ M. SALAS, *La denominación de origen: su protección jurídica*, Reus, Madrid 2012, p. 74 e N. LUCIFERO, *Il territorio: rapporto tra regole del produrre e regole del vendere*, in A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE, *Il diritto tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, Giappichelli, Torino 2005, p. 101.

²⁷ L. COSTATO, P. BORGHI - S. RIZZIOLI - V. PAGANIZZA - L. SALVI, *Compendio di diritto alimentare*, cit., p. 166.

Prima di analizzare cosa si intende per specialità tradizionale garantita, è interessante capire il motivo della sua istituzione e la necessità di diversificare i prodotti alimentari tra loro attraverso molteplici segni di qualità. Il già citato principio del mutuo riconoscimento ha condotto alla “banalizzazione” delle denominazioni merceologiche legali di stampo nazionale, poiché tutte sono da considerarsi legittime. La conseguenza del principio consiste nel fatto che tutti i prodotti degli Stati membri dell’Unione europea possono circolare liberamente all’interno del mercato unico “sotto” la denominazione merceologica del rispettivo Paese produttore, quale che sia la loro composizione, purché corrispondente alla sua legge nazionale. In altre parole, gli alimenti prodotti da un determinato Stato membro possono essere allocati sui mercati degli altri Stati dell’Ue con la stessa denominazione degli analoghi prodotti da quest’ultimi realizzati, anche se, per le leggi di tali Stati la composizione sia diversa. In questo modo, non solo si produce una sorta di «volgarizzazione dei nomi», ma si danneggiano in particolare quei prodotti di alta qualità, come la pasta italiana o la birra tedesca²⁸.

L’Unione europea, a partire dal regolamento n. 2082/1992, successivamente con il regolamento n. 509/2006 ed attualmente con il regolamento n. 1151/2012, ha così progettato di sostituire, in taluni casi, alle denominazioni merceologiche nazionali un nuovo tipo di denominazione merceologica comunitaria con cui designare un prodotto che può essere realizzato da chiunque e ovunque, purché si segua lo specifico disciplinare che consente di commercializzare sotto lo stesso nome alimenti preparati con i medesimi ingredienti. Più in particolare con tale segno si valorizzano quei prodotti che: a) per le materie prime tradizionali; b) per il metodo tradizionale di produzione o di trasformazione già utilizzato per 30 anni; c) e per il nome utilizzato tradizionalmente, meritano di essere distinti da altri prodotti o alimenti analoghi appartenenti alla stessa categoria. Si tratta di una tutela non legata al territorio, bensì alla tradizione, così una volta approvato il relativo disciplinare di produzione, chiunque, indipendentemente dalla propria localizzazione nell’UE, aderisca allo stesso può fregiarsi di tale attestazione di specificità. Essa indica prodotti che non dipendono da una particolare area di produzione, ma quelli le cui caratteristiche distintive sono dovute a uno specifico *know how*, ad una consolidata tradizione, che può essere riprodotta ovunque, seguendo il disciplinare formulato nel rispetto della tradizione²⁹. L’attestazione si ottiene sulla falsa riga del procedimento di

²⁸ G. STRAMBI, *I prodotti tradizionali e la politica di qualità dell’Unione europea*, in *Riv. dir. alim.*, I/2010, p. 21; Id., *La proposta di regolamento sugli schemi della qualità dei prodotti agricoli*, in *Il ruolo del diritto nella valorizzazione e nella promozione dei prodotti agroalimentari*, Atti del Convegno (Pisa, 1-2 luglio 2011), a cura di M. GOLDONI - E. SIRSI, Giuffrè, Milano 2011, p. 177.

²⁹ I. TRAPÈ, *I segni del territorio. Profili giuridici delle indicazioni di origine dei prodotti agroalimentari tra competitività, interessi dei consumatori e sviluppo rurale*, Giuffrè, Mila-

registrazione delle DOP e IGP. Le norme affidano agli Stati membri il compito di provvedere affinché gli operatori che utilizzano una STG siano coperti da un sistema di controlli ufficiali. Ciascun Paese è così chiamato a designare gli organismi di controllo competenti, i quali rilasceranno una certificazione di conformità.

I prodotti biologici

Allo stesso genere di certificazione di qualità appartiene anche l'attestazione di biologicità dei prodotti agricoli, attualmente prevista dai regolamenti (UE) n. 834/2007, 710/2012, 1235/2008 e 203/2012. Il termine "agricoltura biologica" indica un metodo di coltivazione e di allevamento che ammette solo l'impiego di sostanze naturali, presenti cioè in natura. Ci sono voluti anni di faticosa gestazione prima di arrivare ad uno sviluppo omogeneo e lineare della tematica in oggetto, tuttavia la crescente domanda di prodotti "bio" ha spinto il legislatore comunitario ad armonizzare le varie disposizioni relative al metodo di produzione biologico. Si profila infatti un interessante mercato per questi prodotti che, venduti ad un prezzo più elevato, a fronte di una minor resa in termini di unità di prodotto, possono svolgere un'importante funzione di riequilibrio. Il rispetto dei cicli naturali delle colture e l'applicazione di criteri rigorosi in materia di benessere degli animali, giustifica un *premium price*, ovvero un prezzo maggiore.

L'attestazione di biologicità permette all'agricoltore di fornire ai consumatori un messaggio di facile e immediata comprensione, cioè di essere un agricoltore che organizza la propria azienda secondo il metodo biologico di produzione, caratterizzato dal rispetto di determinate pratiche di coltivazione e di allevamento. In particolare, si esclude l'impiego di prodotti chimici di sintesi, quali antiparassitari e diserbanti, per ottenere prodotti vegetali o animali destinati all'alimentazione³⁰. È vietato inoltre il ricorso ai trattamenti con radiazioni ionizzanti sia sugli alimenti che sui mangimi che sulle materie prime utilizzate. Il presupposto è lo sfruttamento non intenso dei terreni e il rispetto dell'ambiente, al fine di produrre alimenti più sani e senza la presenza di residui tossici. L'agricoltura biologica, infatti riduce drasticamente l'impiego di *input* esterni attraverso l'esclusione di fertilizzanti, pesticidi, organismi geneticamente modificati e medicinali chimici di sintesi. In loro sostituzione, vengono utilizzate sostanze di origine naturale e, al fine di incrementare sia la resa agricola che la resistenza delle piante, si combinano i saperi tradizionali con le moderne conoscenze scientifiche.

no 2012, p. 234 e E. SIRONI, *Conflitti tra marchi e indicazioni comunitarie di qualità (Dop, Igp, Stg)*, in *Le indicazioni di qualità degli alimenti. Diritto internazionale ed europeo*, a cura di B. UBERTAZZI, E. MUNÍZ ESPADA, Giuffré, Milano 2009, p. 230.

³⁰ F. ALBISINNI, *L'origine dei prodotti alimentari*, in A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE, *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, cit., p. 86 e L. COSTATO, *Il nuovo assetto dell'agricoltura biologica nel sistema del diritto alimentare europeo*, in *Riv. dir. agr.*, I/2007, p. 366.

Il sistema globale di gestione dell'azienda agricola e di produzione agroalimentare, basato sulla salvaguardia delle risorse naturali e l'applicazione di criteri rigorosi in materia di benessere degli animali, soddisfa l'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente e dello sviluppo rurale. Partendo da questa circostanza, è stato adottato il «Piano d'azione europeo per l'agricoltura biologica e gli alimenti biologici», venuto alla luce il 10 giugno 2004³¹. Il documento sottolinea la necessità di incentivare l'agricoltura biologica per il ruolo che essa svolge nella società, sia per la promozione dello sviluppo rurale che nell'ottica della realizzazione di prodotti di qualità, utilizzando metodi produttivi compatibili con l'ambiente.

Al fine di fregiare i propri prodotti del segno BIO, il produttore deve sottoporsi al controllo di un organismo terzo e indipendente e, qualora le verifiche siano positive, viene iscritto in un albo. Il sistema si articola in un complesso di autorità e organismi di controllo competenti. L'accertamento, da parte di quest'ultimi, del possesso dei requisiti richiesti dai regolamenti, si traduce nel rilascio di un documento giustificativo, che consente l'identificazione dell'operatore e del prodotto. In Italia, ad esempio, le imprese attive nel settore biologico devono possedere il certificato di conformità rilasciato dal Ministero delle Politiche Agricole e Forestali. Immediatamente dopo il logo comunitario, dovrà comparire sull'etichetta il numero di codice dell'autorità o dell'organismo di controllo cui è soggetto l'operatore che ha effettuato la produzione.

Anche per i prodotti biologici valgono specifiche regole in tema di etichettatura, poiché si può facilmente notare come l'etichetta, dalla mera funzione informativa si sia arricchita di ulteriori funzioni persuasive. Il messaggio verde che, dall'espressione "BIO" traspare, attrae, infatti, quei consumatori sempre più attenti alle esigenze ambientali. Tuttavia, occorre mettere in luce che l'attestazione di biologicità non garantisce che il prodotto agricolo sia sicuramente sano e senza veleni, ma dà conto soltanto che non sono state utilizzate sostanze chimiche nella concimazione della terra, nella coltivazione dei vegetali, nella somministrazione di alimenti agli animali, e che per gli alimenti trasformati, almeno il 95% in peso degli ingredienti di origine agricola sia biologico. Cioè, l'indicazione di biologicità non assicura anche che non si siano verificate contaminazioni ambientali, dovute ad esempio a piogge acide³².

È evidente, inoltre che i prodotti che contengono OGM non potranno essere etichettati come biologici, eccetto quelli contenenti fino allo 0,9% di OGM residui per contaminazione accidentale. In realtà spesso le etichette dei prodotti biologici contengono un espresso riferimento al fatto che il prodotto non

³¹ G. SGARBANTI, *Il piano di azione europeo per l'alimentazione e l'agricoltura biologica*, in *Il nuovo diritto agrario comunitario*, Atti del Convegno (Ferrara-Rovigo, 19-20 novembre 2004), Milano 2005, p. 239.

³² L. PETRELLI, *I regimi di qualità nel diritto alimentare dell'UE: prodotti DOP, IGP, STG, biologici e delle regioni ultra-periferiche*, Esi, Napoli 2012, p. 183.

contiene OGM, ma con modalità peculiari, per non incorrere nei divieti imposti dalla legge. Vige infatti il generale principio per il quale l'etichetta non deve trarre in errore l'acquirente suggerendo che quel prodotto abbia caratteristiche particolari, quando invece tutti i prodotti analoghi hanno caratteristiche identiche. Pertanto le etichette che troviamo in commercio utilizzano formule di questo genere: «questo prodotto, così come tutti i prodotti da agricoltura biologica, non contiene organismi geneticamente modificati», riferendo cioè sostanzialmente questa caratteristica di forte impatto nell'opinione pubblica, all'intera categoria di prodotti della quale il loro fa parte, ma attirando comunque l'attenzione del consumatore.

Queste disposizioni sono create al fine di garantire che le scelte di consumo non siano falsate, tenuto conto che, nella quasi totalità dei casi, il prodotto agroalimentare è incapace di trasmettere, mediante la sola fisicità, un'idea chiara e immediata di quelle che sono le sue caratteristiche peculiari e distintive. Per il singolo produttore, quindi la comunicazione acquisisce importanza nella misura in cui può consentirgli di conservare il proprio bacino di utenze e, al tempo stesso, di ampliare i confini³³. Per questi motivi la c.d. “*food quality*” sta avendo in questi anni il suo momento di massima considerazione, riconoscendo una forte capacità attrattiva agli elementi di differenziazione dei prodotti legati alle tecniche di produzione sostenibile, quale il segno “biologico”. In merito all'agricoltura biologica, nel corso del 2017, il Governo intende porre ulteriore attenzione al tema della tracciabilità dei prodotti e alla promozione di accordi di reciproca equivalenza tra Unione Europea e Paesi terzi, infatti lo sviluppo e la competitività della produzione agricola e agroalimentare con metodo biologico è oggetto di un progetto di legge, con il dossier n. 509/1³⁴.

Gli alimenti con organismi geneticamente modificati (OGM)

Il tema relativo agli Organismi Geneticamente Modificati (OGM) è piuttosto delicato e non manca di scatenare aspre diatribe tra chi ne sostiene l'impiego e ne enfatizza i vantaggi, e chi vi si oppone, sottolineando i possibili rischi per l'ambiente e la salute. Le peculiarità che presenta il settore degli OGM impediscono di effettuare un consapevole bilanciamento tra valori opposti ed impongono una rivisitazione dei tradizionali strumenti utilizzati dal costituzionalismo per valutare la liceità delle attività umane³⁵. Prima di procedere ad analizzare l'atteggiamento adottato dall'Unione europea in materia è necessario però, fare una premessa riguardo la definizione di OGM. La direttiva 2001/18

³³ S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agroalimentare europeo*, Giappichelli, Torino 2012, p. 49.

³⁴ Consultabile nel sito www.camera.it, documentazione per l'esame di progetti di legge.

³⁵ J. ALEXANDER - M.P. BELLONI - F. LUI - G. SATRIANO, *La disciplina comunitaria sulla sicurezza alimentare, sugli OGM e sul prodotto biologico*, Aracne, Roma 2005, p. 235.

all'art. 2 prevede che per OGM deve intendersi «un organismo vegetale o animale, diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato dall'uomo in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento o la ricombinazione genetica naturale, mediante tecniche di ingegneria genetica». La tecnologia genetica, infatti permette di aggiungere, eliminare o modificare specifici geni allo scopo di ottenere nuove caratteristiche che non si sarebbero mai potute sviluppare naturalmente in quella tipologia di organismo. In questo modo l'uomo è riuscito ad inserire nel corredo genetico di una pianta un gene prelevato da un altro organismo in modo da renderlo, ad esempio, più resistente agli attacchi dei parassiti, degli insetti, alla siccità o al gelo³⁶.

Il diritto è chiamato a risolvere direttamente in via normativa le incertezze del sapere scientifico. Tuttavia, dal momento che la scienza non è riuscita ad offrire risposte sicure sugli interrogativi sollevati dalle nuove tecnologie, l'Europa ha deciso di adottare un atteggiamento di prudenza, ricorrendo al principio di precauzione³⁷. Tale principio legittima un intervento difensivo anche quando l'esistenza stessa del pericolo è dubbia; ovvero, nell'incertezza scientifica è preferibile adottare un comportamento precauzionale.

Laddove non sia ancora dimostrato un qualche rischio per l'ambiente o per la salute, ma questo non possa essere completamente escluso sulla base delle informazioni scientifiche disponibili, possono comunque essere adottate misure provvisorie e proporzionate di gestione del rischio necessarie a garantire il livello elevato di tutela della salute. Tale principio gioca un ruolo cruciale nelle procedure di autorizzazione per l'immissione in commercio di OGM: il legislatore comunitario infatti ha previsto per precauzione l'inversione dell'onere della prova, stabilendo che gli OGM debbano essere considerati pericolosi fino a prova contraria e ha imposto ai soggetti interessati l'obbligo di presentare all'autorità competente documenti corredati di informazioni tecnico-scientifiche per dimostrare l'assenza di rischi per la salute o l'ambiente. L'obiettivo del legislatore è di creare uno spazio biotecnologico "sicuro".

Non si tratta di una logica basata su un'azione negativa nel senso di vietare, ma al contrario, si vuole imprimere uno sviluppo ed una evoluzione sostenibile delle biotecnologie. Occorre evidenziare come giudicare quale sia il livello di rischio accettabile per la società costituisca una responsabilità eminentemente politica, mentre è opportuno che i comitati scientifici continuino ad essere solo

³⁶ P. BORGHI, *Bioteologie, tutela dell'ambiente e tutela del consumatore nel quadro normativo internazionale e nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. agr.*, I/2001, p. 369.

³⁷ L. FOFFANI - A. DOVAL PAIS - D. CASTRONUOVO, *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea, precauzione, prevenzione, repressione*, Giuffrè, Milano, 2014 p. 563 e L. COSTATO, *Dal diritto agrario al diritto agroalimentare*, in E. ROOK BASILE - A. GERMANÒ (a cura di), *Agricoltura e alimentazione tra diritto, comunicazione e mercato. Verso un diritto agrario ed agroalimentare della produzione e del consumo*, Atti del Convegno IDAIC (Firenze, 9-10 novembre 2001), Giuffrè, Milano 2003, p. 380.

organi tecnici, che esauriscono la propria funzione consultiva nell'ambito della indispensabile fase preliminare di valutazione del rischio.

Confrontando l'approccio statunitense con quello europeo, si nota come in Europa sia stata rigettata la tesi della equivalenza sostanziale dei prodotti ottenuti dall'ingegneria genetica con i prodotti ottenuti dall'incrocio e dalla selezione naturali.

A riprova di ciò, la messa in commercio di alimenti GM, data la loro "sostanziale diversità", è subordinata al rilascio di un'apposita autorizzazione e al rispetto di una serie di condizioni, ossia: a) l'assenza di effetti nocivi sulla salute umana, sugli animali o sull'ambiente; b) la tutela dei consumatori, i quali non devono essere tratti in inganno; c) la diversità non eccessiva sul piano nutrizionale rispetto agli omologhi alimenti che essi intendono sostituire. Proprio al fine di verificare se un alimento geneticamente modificato soddisfi i suddetti requisiti, i regolamenti n. 1829-1830/2003 stabiliscono la procedura di autorizzazione. Quest'ultima prevede una scomposizione di competenze dell'analisi del rischio: la prima fase di valutazione scientifica (*risk assessment*) si svolge in capo all'EFSA, mentre la seconda fase di gestione del rischio (*risk management*) rientra nella disponibilità della Commissione, in collaborazione con un comitato. La procedura prende avvio con la presentazione della domanda di autorizzazione dell'impresa interessata a commercializzare un alimento o mangime GM all'autorità nazionale competente, la quale inoltra tale istanza all'EFSA che informa gli altri Stati membri e la Commissione e rilascia un parere consultivo entro 6 mesi dal ricevimento della domanda di autorizzazione. Entro 3 mesi dal rilascio del parere la Commissione con l'ausilio del Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali, prende la decisione finale sulla richiesta. Quando la commissione si discosta dal parere dell'EFSA, ha l'obbligo di motivare la propria scelta. L'eventuale decisione positiva, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, ha validità in tutta Europa per un periodo di dieci anni. L'OGM autorizzato viene successivamente iscritto nel registro comunitario degli alimenti e mangimi geneticamente modificati, istituito dalla Commissione³⁸. Tuttavia, anche dopo che sia stata rilasciata l'autorizzazione, l'EFSA può intervenire al fine di verificare se l'OGM continua a soddisfare i requisiti di sicurezza. Ugualmente, la Commissione può adottare "misure urgenti", attraverso il ricorso alla c.d. clausola di salvaguardia, qualora sia manifesto che l'alimento GM possa comportare un grave rischio per la salute umana, degli animali o per l'ambiente. In questo modo la Commissione – o gli Stati, laddove questa non si attivi rapidamente in casi di estrema gravità ed urgenza – possono determinare condizioni particolari di commercializzazione e impiego, o sospendere l'immissione in commercio dell'alimento o mangime GM. Trattandosi di disposizioni che limitano la libera circolazione delle merci,

³⁸ S. MASINI, *Corso di diritto alimentare*, 3ª ed., Giuffrè, Milano 2015, p. 214.

esse possono essere invocate solo dietro giustificati motivi di carattere scientifico e possono essere mantenute solo per un periodo di tempo limitato. Oltre al ricorso alla clausola di salvaguardia, gli Stati membri hanno la possibilità di limitare o vietare la coltivazione di OGM sul loro territorio, grazie alla direttiva (UE) n. 412/2015, modificativa della direttiva 2001/18/CE, e alla legge 9 luglio 2015 n. 114, con la quale in Italia è stato avviato l'iter di recepimento. Le misure che gli Stati possono adottare devono avere motivazioni distinte dalla valutazione del rischio ambientale effettuata durante la procedura di autorizzazione, essere conformi al diritto dell'Unione europea e rispettare i principi di proporzionalità e di non discriminazione³⁹.

La possibilità di commercializzare un alimento GM è subordinata anche all'utilizzo di un'apposita etichetta, al fine di informare il consumatore. Per questo motivo, i regolamenti comunitari dettano i requisiti specifici di etichettatura degli alimenti GM, i quali devono far uso della dicitura "geneticamente modificato", onde vi sia sempre un'informazione trasparente e sicura che renda consapevoli i consumatori⁴⁰.

Tuttavia, è prevista una soglia di tolleranza di contaminazione accidentale; ovvero, non c'è obbligo di etichettatura per gli alimenti che hanno una presenza di OGM fino allo 0,9%, purché tale presenza si accidentale o inevitabile.

È bene sottolineare che i regolamenti n. 1829 e 1830 riguardano solo:

- gli OGM destinati all'alimentazione umana e animale;
- gli alimenti che contengono o sono costituiti da OGM;
- gli alimenti che sono prodotti a partire da o che contengono ingredienti prodotti a partire da Ogm.

Sono invece esclusi gli alimenti e i mangimi prodotti "con" o "per mezzo" di OGM, dunque i casi nei quali l'OGM entra nel processo di produzione esclusivamente con il ruolo di coadiuvante tecnologico.

Alla luce di queste considerazioni, occorre prendere atto dei vantaggi derivanti dagli OGM e metterli a confronto con gli effetti negativi che, invece, potrebbero prodursi anche a lungo termine, specialmente per quanto riguarda la salute dell'uomo e la tutela dell'ambiente⁴¹. Oggi viene spesso sostenuto, a testimonianza della innocuità degli OGM, che negli Stati Uniti da molti anni ormai si mangiano alimenti transgenici in grande quantità, poiché essi vengono considerati «*the next generation of agricultural technology*». Tra gli Stati a favore degli OGM si annoverano sicuramente gli Stati Uniti, il Brasile, la Cina, la

³⁹ Sono queste le conclusioni cui è giunta la Corte di giustizia Ue nella causa C-111/16 avviata dopo che il Tribunale di Udine aveva chiesto ai giudici europei se in materia di OGM fosse possibile adottare misure d'urgenza sulla base del principio di precauzione.

⁴⁰ G. SPOTO, *Tutela del consumatore e sicurezza alimentare: obblighi di informazione in etichetta*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 1085.

⁴¹ L. COSTATO, *OGM: ora tocca alla Corte*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, p. 249; Id., *Le biotecnologie, il diritto e la paura*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, p. 103.

Spagna. Tra i paesi del sud America, l'Argentina invece, intrattenendo frequenti rapporti economici con l'Europa, ha preferito adottare una politica a specchio con quella europea. È inevitabile dunque, compiere un confronto tra l'esperienza dell'Unione europea da un lato e quella degli Stati Uniti dall'altra, poiché esse possono essere considerate espressioni delle due contrapposte filosofie in merito alla regolamentazione degli OGM. Il modello statunitense considera gli OGM non sostanzialmente diversi dai prodotti convenzionali, ammettendo limitazioni alla loro produzione e circolazione solo a fronte di rischi conclamati (criterio dell'equivalenza sostanziale). Perciò, il legislatore americano non ha sentito l'esigenza di intervenire con strumenti normativi ad hoc come accaduto in Europa. Inoltre, in America la gestione del rischio è del singolo imprenditore che immette sul mercato i prodotti transgenici⁴².

Tenendo conto dei diversi punti di vista esistenti in materia, i vantaggi sono riconducibili, in particolare, a cinque settori specifici: quello della produzione, dell'economia, della salute, dell'ambiente e dello sviluppo globale. È stato notato, infatti che un medesimo appezzamento di terreno produce di più se si fa ricorso a coltivazioni geneticamente modificate, poiché le piante sono maggiormente resistenti ai fattori ambientali avversi, alle malattie, agli insetti e alle erbe infestanti. Ottenendo raccolti più abbondanti, non solo si contribuisce a risolvere il problema della malnutrizione per milioni di persone nei Paesi in via di sviluppo, ma gli agricoltori ricavano un reddito maggiore con un risparmio di tempo e una riduzione dell'impiego di prodotto inquinanti per l'ambiente, quali insetticidi.

Tuttavia, in considerazione del fatto che le conseguenze derivanti dal consumo di OGM sono ancora largamente inesplorate, vi è anche chi all'opposto si schiera contro la loro produzione. In particolare, è stata osservata una riduzione della biodiversità, scaturente dalla scomparsa di alcuni insetti e da un'indotta uniformità delle coltivazioni, dovute al fenomeno della c.d. *cross pollution* o della c.d. impollinazione incrociata. Le piante, infatti, hanno la capacità di fecondare altre piante, anche lontane, ad opera del vento e degli insetti, comportando modificazioni della composizione della vita sulla terra. La biotecnologia inoltre, molto costosa ed accessibile solo a pochi, pone il rischio di una sorta di dipendenza dell'agricoltura dall'industria chimica sementiera, perché le sementi geneticamente modificate rendono antieconomica la produzione con semi dell'agricoltura tradizionale. Vivaci sono anche le polemiche in relazione ai rischi per la salute umana, in particolare per la possibilità che essi favoriscano, una volta ingeriti, la resistenza ad alcuni tipi di antibiotici o per la presenza, nel loro DNA, di elementi allergeni o tossici.

⁴² A. GERMANÒ, *La disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, Giuffrè, Milano 2002, p. 268 e V. DI CATALDO, *La brevettabilità delle biotecnologie. Novità, attività inventiva, originalità*, in *Riv. dir. ind.*, I/1999, p. 177.

Alla luce delle contrastanti prese di posizione nei confronti degli OGM, è stata rilevata a livello europeo l'opportunità di adottare un atteggiamento il più possibile equilibrato, evitando scelte eccessivamente rigide che potrebbero essere smentite dalla scienza.

Un'ulteriore questione affrontata in tema di OGM è stata quella relativa alla loro brevettabilità⁴³. L'invenzione quando si caratterizza per il requisito della riproducibilità trova tutela nell'ordinamento giuridico tramite la concessione di un brevetto, il quale conferisce all'inventore il diritto esclusivo di utilizzare economicamente il trovato per un periodo di tempo.

Occorre mettere in luce la differenza tra la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche e la privativa delle novità vegetali. La novità vegetale non è tutelata con il brevetto poiché il prodotto è il risultato di un procedimento naturale, tuttavia la varietà vegetale ottenuta è veramente un *quid* che è nuovo in natura, perciò ha un nome proprio. Invece, un vegetale caratterizzato da un gene, estraneo al suo originario corredo genetico nel quale esso è stato inserito con particolarissime tecniche ingegneristiche, non acquista una nuova individualità, conservando, tranne che per il nuovo gene immesso, la stessa identità del vegetale di partenza e quindi il suo nome originario. La difficoltà di considerare giuridicamente appropriabile un'entità vivente ha portato il legislatore a creare innanzitutto un sistema differenziato rispetto al brevetto industriale. La privativa comunitaria per le novità vegetali, infatti, copre solo il prodotto e mai il procedimento, essendo quest'ultimo opera della natura. Esso consiste nel diritto di utilizzare in via esclusiva il materiale di riproduzione o di moltiplicazione della varietà vegetale progettata per 25 anni e il diritto di escludere gli altri. Un ulteriore elemento cardine delle privative vegetali è il c.d. privilegio dell'agricoltore o *farmer's privilege*, in forza del quale si istituisce il diritto degli agricoltori che hanno ottenuto il diritto di coltivazione di quel vegetale di utilizzare il prodotto della raccolta per riseminare nei propri fondi rustici⁴⁴. In sostanza, il titolare del diritto di esclusiva non può impedire che l'agricoltore, acquirente del materiale di propagazione, reimpieghi nella propria azienda le sementi delle successive generazioni di vegetali ottenuti dalle prime sementi acquistate presso il titolare del brevetto. Tuttavia, tale privilegio è concesso solo ai piccoli agricoltori che non ottengono più di 92 tonnellate di cereali per raccolta.

L'art. 53 della convenzione UPOV vieta, infatti espressamente la brevettabilità di nuove varietà di vegetali e di nuove razze animali e dei procedimenti essenzialmente biologici per il conseguimento di vegetali e animali, sicché, al

⁴³ S. MASINI, *Corso di diritto alimentare*, Giuffrè, Milano 2015, p. 349 e A. GERMANÒ - M.P. RAGIONIERI - E. ROOK BASILE, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, Giappichelli, Torino 2014, p. 141.

⁴⁴ E. SIRSI, *L'impiego in agricoltura di organismi geneticamente modificati e la coesistenza con le coltivazioni non geneticamente modificate*, in *Trattato di diritto agrario*, diretto da L. COSTATO - A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE, vol. II, Utet, Torino 2011, p. 272.

contrario, essa non vieta la brevettabilità di procedimenti non essenzialmente biologici, come nel caso degli OGM⁴⁵. Risultano quindi brevettabili le invenzioni biotecnologiche caratterizzate da innovatività tecnica e applicazione industriale e i procedimenti non esistenti in natura che implicino la trasformazione di materiale biologico, mediante l'inserimento nel genoma di un vegetale di un gene isolato dal DNA di un altro organismo.

La scelta del legislatore europeo di regolamentare in modo dettagliato il tema degli OGM, consente di stabilire soglie accettabili di rischio, poiché non è possibile “frenare” l'innovazione e lo sviluppo tecnologico ed è altrettanto innegabile che il progresso scientifico può migliorare molti aspetti della vita dell'uomo.

Conclusioni

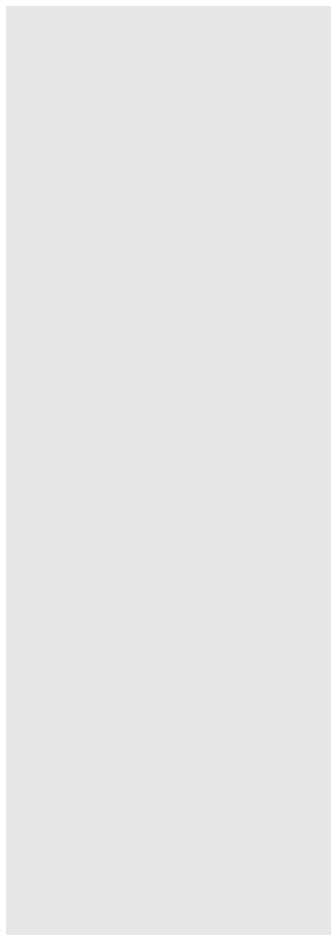
Alla luce di quanto scritto, possiamo mettere in luce la maggiore attenzione rivolta dal legislatore europeo nei confronti del consumatore di alimenti, che viene preso in considerazione da una parte, quale soggetto portatore di diritti fondamentali della persona, e dall'altro come strumento per assicurare il corretto funzionamento del mercato interno. Numerosi sono stati infatti, nel corso degli anni, gli episodi di contaminazione alimentare che hanno reso indispensabile il potenziamento dei controlli da parte delle autorità e il consumatore di alimenti è diventato, al contempo destinatario di specifiche regole di protezione volte ad assicurare la circolazione di alimenti sani e sicuri. Quest'ultimo, sulla base del principio di trasparenza, deve poter essere in grado di compiere scelte consapevoli e razionali, poiché esso rileva come controparte di un rapporto contrattuale, come giudice *super partes*, che sceglie cosa acquistare, influenzando l'andamento del mercato. È bene chiarire tuttavia la distinzione tra i requisiti di “qualità” e di “sicurezza” dei prodotti agroalimentari, spesso invece confusi tra loro. Mentre, il concetto di “sicurezza” è inteso dal regolamento n. 178/2002 come «assenza di rischio per la salute», la “qualità” è una nozione complessa, relativa, aggiuntiva ed infine mutevole nel tempo. Un prodotto è qualitativamente superiore nel momento in cui soddisfa a pieno tutte le aspettative condivise da un numero elevato di consumatori. Quindi non solo le istituzioni europee si sono sensibilizzate nei confronti dei problemi legati alla sicurezza alimentare, ma anche i consumatori stessi hanno cominciato a mostrare attenzione alla loro salute e all'ambiente, prediligendo alimenti fregiati di specifici loghi comunitari.

Tuttavia, nel momento dell'acquisto di prodotti alimentari i consumatori sono di fatto, ormai “sommersi” da una nutrita quantità di simboli, segni, sigle

⁴⁵ G. SGARBANTI, *Profili giuridici sulla coesistenza tra colture transgeniche, convenzionali e biologiche*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. I, Jovene, Napoli 2014, p. 710 e M. BENOZZO, *La disciplina statunitense delle biotecnologie in agricoltura*, in *La disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, Giuffrè, Milano 2002, p. 218.

e parole, di cui spesso non conoscono i significati. È in voga oggi parlare frequentemente di prodotti BIO, di DOP, IGP, o STG ma, in realtà, spesso emerge un problema di mancata alfabetizzazione ed istruzione da parte dei consumatori stessi. Essi, infatti, sovente in possesso di informazioni errate o confuse, si trovano a compiere scelte non razionali su cosa mangiare, causando anche possibili rischi alla salute (si pensi ai soggetti allergici a determinati prodotti alimentari). Ecco quindi che, per colmare questo gap informativo, interviene la legislazione europea. L'intento è quello di evitare distorsioni del mercato e proteggere la salute del consumatore, attraverso disposizioni volte ad assicurare una presentazione e una pubblicità il più dettagliata possibile, che permettano in tal modo al consumatore di compiere scelte consapevoli e razionali. Un ulteriore aspetto importante, trattato dal legislatore europeo, riguarda la disciplina relativa agli OGM. Emerge così la necessità che si arrivi al più presto ad un approccio comune tra le due sponde dell'Atlantico in tema di sicurezza alimentare, di OGM e di produzione biologica, alla luce del fenomeno inevitabile e naturale della *cross pollination*, che provoca danni sulle coltivazioni convenzionali, sull'ecosistema e sulla biodiversità. La protezione del consumatore si realizza predisponendo un piano d'azione comune ed uniforme tra gli Stati e sensibilizzando il pubblico alle problematiche alimentari ed ambientali. La presenza di informazioni complete ed esaurienti permette così al consumatore di incrementare le proprie conoscenze e compiere scelte razionali.

BIBLIOTECA



Recensione a *Diritto dei consumatori*, di Andrea Barenghi¹

Carla Bartolucci

Quasi per converso al carattere estremamente frammentario che connota la legislazione di settore e che ha condotto, se non a scardinare, quanto meno a rivedere profondamente le tradizionali categorie attinenti alla materia dei contratti (si pensi, ad es., alla nullità negoziale, che oggi va declinata al plurale: v. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 184 ss.), il contributo in rassegna fornisce una ricostruzione sintetica e sistematica del diritto dei consumatori, soffermandosi altresì sui rapporti tra la normativa di protezione del contraente debole e i settori regolati (quali la trasparenza bancaria e i contratti con gli intermediari finanziari).

L'A. avverte con sensibilità l'esigenza di offrire una ricostruzione ordinata delle varie articolazioni consumeristiche, senza tralasciarne, al contempo, l'inquadramento nel sistema, pur nella consapevolezza della crisi che, in conseguenza dell'integrazione e armonizzazione legislativa, pervade non soltanto il panorama delle fonti del diritto, bensì gli stessi cardini del sistema generale della disciplina del contratto. L'ipertrofia della normazione di settore (l'A. accenna ad es. al "paradosso della regolazione" che accompagna i settori soggetti a privatizzazione/liberalizzazione) e il suo carattere frammentario costituiscono il precipitato di impulsi di respiro transnazionale, volti a realizzare l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali per favorire la creazione di un mercato unico e la circolazione transfrontaliera dei beni e dei servizi. In un simile quadro, il volume, che si caratterizza per l'attenzione all'effettività e il tentativo di porre gli istituti e le discipline consumeristiche in rapporto con la realtà concreta, richiama innanzitutto l'esigenza di un'incessante sistemazione del diritto privato di fonte europea e poi di un radicale ripensamento di alcuni profili fondamentali del diritto civile e delle sue tutele, per tentare di garantirne la coerenza con la dimensione collettiva che lo caratterizza.

Particolarmente notevole l'apparato di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali (ordinato in appositi indici riepilogativi), utile non soltanto nell'ambito accademico, cui è innanzitutto rivolto, ma anche alla pratica del diritto, e a tutti i lettori che intendano maturare una formazione specialistica sulla materia. Sono continue nel corso della trattazione le indicazioni delle più salienti pronunce rese nella giurisprudenza (italiana ed) europea e delle posizioni assunte

¹ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano 2017, pp. XXV+611.

in dottrina, che consentono al lettore di verificare orizzontalmente le questioni interpretative, i casi di specie più discussi nella pratica e il quadro delle soluzioni offerte dall'esperienza concreta come dalla discussione scientifica.

Il volume – articolato in una parte generale, nella disamina dell'informazione e poi della disciplina contrattualistica di cornice e in quella di particolari tipi negoziali (garanzie nella vendita, contratti turistici, multiproprietà), per finire poi con la disciplina dei settori regolati (intermediari finanziari e contratti bancari) e con la responsabilità extracontrattuale e la sicurezza dei prodotti – si apre delineando l'ambito di applicazione della vigente normazione consumeristica, imperniato sulla nozione di consumatore, consentendo all'A. di individuare subito una tendenziale dilatazione dei confini, a favore delle piccole e medie imprese. A tale proposito, si pone in risalto il carattere non unitario della stessa definizione di consumatore, confinato in varie tipologie, che lasciano poi spazio di volta in volta alle figure del «consumatore medio» generalista o del «consumatore medio vulnerabile», indice dell'esigenza di «rapportare un elemento normativo alla realtà concreta».

La puntuale ricostruzione della piramide delle fonti e dei principi che presiedono alla normazione europea e al suo inserimento nel diritto nazionale (cap. II) è seguita dalla disamina dei diritti «fondamentali» del consumatore e dell'utente, come sono delineati nella previsione normativa di cui all'art. 2 c. cons., nella complessità delle loro correlazioni sistematiche (offrendo spesso l'occasione all'A. per passare al vaglio anche problemi più generali: dalla natura della responsabilità contrattuale, a quella delle garanzie nella vendita, dai limiti di rilevabilità d'ufficio della nullità ai limiti dell'interpretazione analogica, dal significato della codificazione civile al ruolo delle clausole generali nella moderna legislazione, dal concetto di oggetto del contratto all'evoluzione della responsabilità aquiliana in generale), il rapporto tra regole e *standard*, la proclamata natura rimediabile del diritto europeo (cap. III).

Ci si sofferma (cap. IV), poi, sull'asimmetria informativa e sul diritto alla trasparenza e ad un adeguato livello di informazione. In un approccio critico, si pongono in risalto i limiti (cognitivi e transazionali) della teoria degli obblighi di informazione a fronte di «scambi che hanno urgenza di essere conclusi, di talché non possono essere assoggettati a lunghe e complesse sedute informative» (pp. 129 ss.). Si mette quindi l'accento sulla concorrenza dei rimedi contro l'asimmetria informativa e sulle varie tecniche utilizzate dal legislatore per ovviare ai limiti del diritto all'informazione, come la «contrattualizzazione della informazione» (pp. 152 ss.), attuata sia calandola nello stesso contenuto del contratto sia attraverso la previsione di specifici vincoli di forma-contenuto, per tali intendendosi gli obblighi di «contemplare nel documento contrattuale scritto determinate previsioni», e altresì sulle diverse ricostruzioni dei rimedi che il tema dell'informazione ha sollecitato (discorrendosi di nullità per violazione dell'obbligo di informazione, di responsabilità precontrattuale e di vizi del consenso «nuovi» o «atipici»). La trattazione delle pratiche commerciali

scorrette (cap. V), poi, coniuga l'analisi teorica del rapporto tra la disciplina dell'attività commerciale del professionista (rimessa all'Autorità garante, anche con riguardo ai settori affidati alla vigilanza di altre Autorità) e l'individuazione dei rimedi contrattuali disponibili per il consumatore e la microimpresa (che a fianco del consumatore è destinataria della tutela contro le PCS) nel rapporto contrattuale con il professionista che abbia posto in essere, appunto, simili pratiche (art. 18 ss. c. cons.).

Tra i capitoli più ampi del libro quello (cap. VII) sul controllo del contenuto del contratto e sulla disciplina delle clausole vessatorie fornisce all'A. l'occasione non solo di ripercorrere, in termini aggiornati e diffusi il contenuto della disciplina stessa, come risultante anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (si pensi al rapporto tra trasparenza e vessatorietà, su cui la Corte è tornata da ultimo anche nei recentissimi casi provocati dall'esperienza spagnola delle clausole "floor" nei contratti di mutuo a tasso variabile e della rimborsabilità retroattiva) e della nostra Cassazione, ma anche di fare riferimento in linea più generale al concetto di libertà negoziale nel suo sviluppo storico e nell'incontro con la dinamica degli «scambi di massa».

In punto di responsabilità (cap. XIII), una sezione apposita è dedicata alla disamina dei vincoli incombenti in capo al produttore, ambientata nella cornice civilistica di riferimento, con ragguagli sulla disciplina della sicurezza dei prodotti e dei controlli (con le correlative responsabilità) che vi sono connessi e che sono affidati ai professionisti e alle autorità pubbliche preposte (si richiama qui la giurisprudenza interna e comunitaria sulla responsabilità delle Autorità indipendenti per omesso controllo).

Ai settori regolati (capp. XI-XII) viene, infine, dedicata una significativa parte del volume, in cui ci si sofferma sulla materia della trasparenza bancaria e sui contratti con gli intermediari finanziari, in una prospettiva più ampia rispetto al diritto dei consumatori «in senso stretto», toccando temi di stringente attualità pratica come l'anatocismo e i costi del credito o l'ammortamento alla francese, la disciplina civilistica dell'usura, la disciplina dei mediatori creditizi, il credito al consumo e il sovra-indebitamento, in costante riferimento ai problemi applicativi (e qui l'apparato di riferimenti si estende alle pronunce dell'Arbitro bancario e finanziario) e al dibattito dottrinale.

Il volume in definitiva è di grande utilità per il lettore sia per l'ampia rassegna delle tematiche rilevanti nelle singole materie che per la prospettiva critica adottata dall'A., che gli consente di fare sempre riferimento ai temi emersi nella pratica (anche di carattere generale) segnalando le diverse opzioni e soluzioni e talvolta di prendere posizione su questioni aperte (dal rapporto tra trasparenza e significativo squilibrio nella valutazione delle clausole, che ha formato oggetto anche di recenti interventi da parte della Corte di giustizia, alla *vexata quaestio* sulla concorrenza dei rimedi codicistici con quelli consumeristici nelle garanzie per la vendita di beni di consumo, dalla relazione tra usura "in astratto" e usura "in concreto" alla revisione della tematica dell'anatocismo, dalla

constatazione critica del «passo indietro» nella disciplina dell'intermediazione finanziaria con riguardo ai conflitti di interesse dell'intermediario al contrastato confine dell'ambito regolamentare rimesso alla Consob).

Notizie sugli autori

Carla Bartolucci

Avvocato in Roma e dottore di ricerca

Elena Bettarello

Praticante avvocato in Venezia

Martina Di Pietro

Praticante avvocato in Roma

Andrea Mascherin

Presidente del Consiglio Nazionale Forense

Antonella Massaro

Professore associato di Diritto penale nell'Università Roma Tre

Piervincenzo Pacileo

Professore straordinario di Diritto privato comparato nell'Università telematica internazionale Uninettuno

Giuseppe Spoto

Professore associato di Diritto privato nell'Università Roma Tre

Raffaella Veniero

Avvocato e Direttrice della Suola Forense di Napoli

