





# *JuríPolis*

REVISTA DE DERECHO Y POLÍTICA

## *Directorio*

Dr. Rafael Rangel Sostmann  
***Rector del Tecnológico de Monterrey***

Ing. Juan Manuel Durán  
***Rector de la Zona Metropolitana  
de la Ciudad de México***

Dr. Arturo Molina Gutiérrez  
***Director General, Campus Ciudad de México***

Dr. Enrique Tamés Muñoz  
***Director de la Escuela de Humanidades  
y Ciencias Sociales***

Dr. Mario I. Álvarez Ledesma  
***Director del Departamento Estudios  
Jurídicos y Sociales***

## *Comité Editorial*

### ***Directora***

Beatríz E. Sosa Morato

### ***Consejeros***

Mario I. Álvarez Ledesma

José Fernández Santillán

Dora Elvira García González

Alberto Hernández Baqueiro

Patricia Lemus Raya

Angel Gustavo López Montiel

Manuel Alejandro Munive Paez

### ***Diseño portada y formación tipográfica***

Arturo Rendón Shoup

*Juripolis*, Revista de Derecho y Política del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales de la Escuela de Humanidades y Ciencias Sociales del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México

Certificado de licitud de título y de licitud de contenido en trámite en la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas

Registro de derechos de autor ante la SEP en trámite  
ISBN: en trámite

Año 2010, Vol. 1, No. 11.

Suscripciones: Calle del Puente 222, Col. Ejidos de Huipulco, Tlalpan, C.P. 14380, México, D. F., 5483- 2316

Correo electrónico:  
[juripolis.ccm@servicios.itesm.mx](mailto:juripolis.ccm@servicios.itesm.mx)

# Contenido

## ***Presentación***

Mario I. Álvarez Ledesma..... 9

## ***Artículos***

### **Società della conoscenza e tutela dei soggetti deboli**

Elena Babucci..... 15

### **La rinegoziazione del contratto nell'esperienza europea**

Silvio Pietro Cerri..... 61

### **The civil law in the time of the knowledge-based society**

Roberto Cippitani..... 125

### **Codice del consumo e circolazione di modelli giuridici di Europa**

Valentina Colcelli..... 159

### **Diritto alla salute e liberta della persona**

Carlo Fiorio..... 195

***ÍNDICE DE AUTORES***..... 243



# Presentación

---

La construcción de una carrera universitaria y en particular de un programa para preparar abogados no es, como puede suponerse, una tarea fácil sino todo lo contrario, altamente compleja. Complejidad que implica múltiples componentes y comporta enfrentar diversas dificultades; de ahí, en su doble sentido, la referencia a la complejidad de su naturaleza.

Por lo que respecta a lo primero, la formación de abogados requiere la suma, primero, de un programa académico encargado a profesionales de la educación que, entratándose de lo jurídico, posean, además, experiencia práctica. En efecto, un programa para producir abogados, cuya función es, efectivamente, de esa índole, debe estar aderezado de la planeación de actividades para desarrollar aquellas habilidades que les permita ejercer adecuadamente su profesión.

No obstante lo anterior, lo más importante que se encuentra detrás de la formación de abogados, es la ingente necesidad intelectual de despertar en ellos lo que se denomina el sentido de justicia. Porque la justicia es, decía un jurista inglés, un elemento “artificial” creado por las sociedades, respecto del cual se desarrolla un sentido, el que se sumaría a los cinco naturales con los que contamos. Corresponde pues, al Derecho, el desenvolvimiento adjetivo y sustantivo de ese elemento, la justicia, y a los juristas el desarrollo de ese séptimo sentido (si el sentido común, fuese, claro, el sexto).

Ciertamente nuestra disciplina sería una mera técnica normativa, cuya ejecución podría incluso delegarse a las máquinas y a un programa de cómputo, en el supuesto de que no estuviese acompañada de ese componente que sólo un ser humano puede sopesar, el ya referido sentido de justicia. Séptimo sentido, decíamos, que se supone, los futuros abogados deberían incubar y desarrollar en sus años de estudio y, luego, afinar en su vida como profesionales.

Pues bien, una de las mejores maneras de desarrollar ese sentido de justicia, a más de la formación humanística misma, es la lectura y en su momento la producción de literatura jurídica especializada. La que, además del estudio de la bibliografía con que se acompaña a los cursos tradicionales en las diferentes disciplinas de la dogmática jurídica produce, en los estudiantes de Derecho sobre todo, la afinación de los criterios intelectuales que son tan determinantes al momento de juzgar, precisamente, la justicia o injusticia de las acciones humanas.

Es por eso que aparece como una constante en las escuelas y facultades de Derecho la existencia y permanente creación de revistas jurídicas, en las que profesores y estudiantes desarrollan la infinita variedad de temas a que nuestra disciplina da lugar. Esto es, literatura o dogmática jurídica especializada, mejor aún, Derecho científico, según le llaman los clásicos. En realidad, es tan importante la aparición de este tipo de instrumentos intelectuales, que no hay una facultad de jurisprudencia en el mundo que se precie de tal si no cuenta con una buena revista jurídica con la cual se le identifique.

Es el caso que la licenciatura en Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México festejó el pasado 2009, 10 años de su creación, a través de los cuales ha contribuido, con modestia pero con constancia, al desarrollo de nuestro país aportando a los distintos ámbitos de su vida pública, privada y social profesionales del Derecho preparados y éticamente comprometidos con su comunidad y con su tiempo. Durante estos dos lustros se han llevado a cabo en nuestra Escuela de Derecho muchas cosas importantes, de entre las cuales destaca el haber propiciado una producción de dogmática jurídica propia, de la que son responsables, principalmente, los profesores que se han ocupado del ya aludido complejo quehacer de formar abogados. Destaca como baluarte de tal producción científica propia a lo largo de los 10 años de la licenciatura, Jurípolis, su revista de Derecho y Política.

Es de tal guisa especialmente grato para mí poder introducir a éste que es el número 11 de Jurípolis, el cual junto con el precedente número 10 y el próximo número 12, constituyen una extraordinaria excusa para conmemorar los dos lustros de existencia de la licenciatura en Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México.

Este undécimo número posee, obviamente, un contenido especial dado su carácter conmemorativo.

En efecto, los artículos que lo componen fueron elaborados ex profeso para nuestra revista por profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Perugia, con quienes se ha mantenido durante varias años una colaboración académica de primer orden que, además de este número especial compuesto con sus contribuciones, ha dado lugar al programa de Doctorado en Derecho de la Sociedad del Conocimiento que nuestra institución ofrece en colaboración, a partir de este 2010, con la antedicha y prestigiada universidad italiana.

Huelga decir que los profesores que escriben para este número gozan de una sólida trayectoria académica reconocida, principalmente, en Europa, y que a través de nuestra revista se introducen, casi todos, al mundo jurídico mexicano y latinoamericano.

Por último, debo agradecer, una vez más, a los doctores Andrea Sassi, Roberto Cippitani y Valentina Colcelli por su perseverancia en nuestra relación académica y su confianza en el Tecnológico de Monterrey. Este mismo agradecimiento lo hago extensivo a la Dra. Beatriz E. Sosa Morato sin cuyo dedicado y cuidadoso trabajo los ejemplares 10 y 11 de Jurípolis, números conmemorativos del 10º aniversario de nuestra licenciatura en Derecho, simplemente, no hubiesen sido posibles.

Atentamente,

**Dr. Mario I. Álvarez Ledesma**

*Director del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales*  
TECNOLÓGICO DE MONTERREY, CAMPUS CIUDAD DE  
MÉXICO.



## ***Artículos***

---

---



# SOCIETÀ DELLA CONOSCENZA E TUTELA DEI SOGGETTI DEBOLI

*Elena Babucci*

## **SOMMARIO:**

1. L'informazione nella società globalizzata. 2. Profili giuridici dell'informazione. 3. Profili giuridici della conoscenza 4. Sorveglianza e tutela della persona. 5. Diritti patrimonialmente neutri e responsabilità civile. 6. La tutela dei soggetti deboli: inquadramento e *digital divide*.

## **ABSTRACT:**

La presente ricerca prende in esame i profili giuridici connessi all'avvento della globalizzazione nella società della conoscenza. Per società della conoscenza si intende il fenomeno della condivisione delle idee indispensabili per il progresso scientifico e tecnologico. In questo contesto si inserisce il tema della tutela dei diritti patrimonialmente neutri, vale a dire delle situazioni giuridiche soggettive preordinate alla salvaguardia dei valori fondamentali della persona, la cui lesione può dar luogo a conseguenze di natura patrimoniale. Tali situazioni si evidenziano, in particolare, nella contrattazione a distanza ove sono implicati gli interessi fondamentali della persona (ad es. telemedicina). In proposito assume un rilievo preminente il problema del *digital divide*, al fine di favorire pari opportunità di accesso e di utilizzo delle tecnologie dell'informazione da parte dei loro fruitori.

---

## 1— L'informazione nella società globalizzata

Nella società attuale le nuove tecnologie legate all'avvento dell'informatica hanno determinato un radicale mutamento dell'organizzazione giuridica dei rapporti privati, comportando un rapido sviluppo della cd. società dell'informazione, termine oramai invalso nel lessico del mondo globalizzato.

Tuttavia, se è vero che l'incessante circolazione delle informazioni costituisce il risultato, e, al tempo stesso, il presupposto indispensabile per il progresso sociale, è solo la certezza dei dati immessi nel circuito informativo che conduce alla realizzazione di un ordinamento globale fondato sulla conoscenza, intesa quale processo cognitivo avente concrete ricadute applicative.

Deriva da ciò la necessità che il sistema giuridico privatistico fornisca gli strumenti – di efficacia anche transnazionale – idonei a garantire il passaggio dalla società basata sull'informazione a quella fondata sulla conoscenza; ovverosia una società in cui sia garantita l'accessibilità ad una informazione scientificamente e giuridicamente valutabile.

Come è stato osservato, “la globalizzazione è un processo di mutazione sociale, ma anche esistenziale, il cui genoma è rappresentato da una concentrazione, rapida e vorticoso fino alla virtualità, della dimensione spaziale e di quella temporale, per effetto di uno sviluppo tecnologico inconsueto -per incremento ed imprevedibilità di potenziale -nella storia dell'umanità. I flussi di rete, la loro progressiva e totalizzante occupazione di ogni ambito di attività umana, la possibilità di spostamento accresciuta ed impensabile rispetto ad un recente passato, non rappresentano soltanto il rapido percorso di un segmento nell'evoluzione dell'organizzazione sociale: sono, invece, modalità esistenziali che, in questo scorcio di fine millennio, hanno abrogato le tradizionali dimensioni di spazio e tempo. Per esemplificare tutto ciò è sufficiente pensare a come il denaro possa fare il giro del mondo attraverso mezzi telematici: senza tempo, in una frazione di secondo; senza spazio, perché i luoghi della dislocazione sono solo virtuali”<sup>1</sup>.

Il fenomeno della globalizzazione<sup>2</sup>, nelle sue più disparate accezioni, ha ricevuto trattazione in campo economico, filosofico, sociologico e giuridico.

In un mercato globale, caratterizzato dall'abbattimento delle frontiere, e da commerci transfrontalieri, dove è possibile assistere alla libera circolazione dei soggetti, lavoratori dipendenti e delle merci, è necessario, attesa la eterogeneità dei vari sistemi legislativi, un'armonizzazione normativa.

Il legislatore, in proposito, è intervenuto sia sul piano nazionale che in quello comunitario a conferma dell'importanza della corretta circolazione delle idee: tutto l'ordinamento privatistico (contrattuale) è volto, infatti, alla tutela della certezza delle informazioni (disciplina della pubblicità ingannevole, dei contratti a distanza, del commercio elettronico, proliferazione di codici di condotta professionale), senza la quale neppure è possibile garantire l'esercizio della libertà di iniziativa economica (cfr. art. 41 Cost. e art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.).

Si tratta però di un approccio al problema che, da un lato, è limitato all'ambito interno e comunitario, dall'altro trascura la tutela degli interessi o diritti patrimonialmente neutri ove l'esigenza primaria che viene in rilievo è quella di assicurare la riservatezza a l'accesso ai dati sensibili attinenti alla persona.

In un quadro così delineato, come è stato da alcuni osservato si è assistito alla nascita di un mercato globale non sempre supportato da istituzioni "globalizzate".<sup>3</sup>

## **2— Profili giuridici dell'informazione**

Nel Libro Bianco dell'Unione Europea sulle "Tecnologie per la disabilità" si afferma che: "La pervasività delle nuove tecnologie nella vita quotidiana ha determinato l'avvento della cosiddetta "Società dell'Informazione". Una società in cui le nuove tecnologie offrono nuovi

---

sistemi di interazione con la Pubblica Amministrazione, nuove modalità di fruizione dei servizi, nuovi modi di intervenire nella vita politica, nuove forme di comunicazione”.<sup>4</sup>

Tale società è il frutto del processo di globalizzazione, in positivo, e dello sviluppo e diffusione delle nuove tecnologie (ITC).<sup>5</sup>

Il nostro secolo è caratterizzato dalla cd. Società dell’informazione, incentrata sulla evoluzione e diffusione delle tecnologie e dei mezzi di comunicazione.<sup>6</sup> L’informazione assume ruolo precipuo all’interno del diritto comunitario ed assurge ad elemento fondante di tutto il mercato. Lo stretto rapporto tra informazione e mercato si può classificare in due tipologie di beni: beni finali e beni strumentali dell’informazione. Riguardo ai primi sono visti come quei “beni con un loro contenuto intrinseco: beni della conoscenza scientifica, artistica, storica, culturale, di cronaca”<sup>7</sup>; invece i beni strumentali si identificano come quei beni “che non hanno un contenuto informativo intrinseco, in senso economico, finale, ma sono strumentali ad altri beni e servizi”.<sup>8</sup>

Interessante è esaminare il processo evolutivo che ha portato alla cd. Società dell’informazione.<sup>9</sup>

Le origini di questa accezione si fanno risalire ad un sociologo, Daniel Bell, il quale nel 1973 introdusse il concetto di società post-industriale.<sup>10</sup> Daniel Bell è tra i primi ad evidenziare come la società post- Industriale fosse altamente caratterizzata dalla produzione di beni nuovi come la tecnologia e l’informazione e come quest’ultime stavano radicalmente modificando la società ed il modo di concepire la produzione.

Ruolo fondamentale nella nascita della società dell’informazione sono state le ICT (Information and Communication Technologies), le quali hanno accresciuto in maniera esponenziale nuovi mezzi di comunicazione. La grande trasformazione prodotta dall’ICT si sta rivelando come una spinta allo sviluppo della globalizzazione, che secondo tempi e metodologie diverse sta coinvolgendo sia i paesi c.d. sviluppati che quelli in via di sviluppo.

Già nel giugno del 2006 le ICT rivestivano un ruolo centrale; ne è un esempio la Dichiarazione Ministeriale di Riga dello stesso anno ove si ribadisce il potenziale delle ICT al fine di migliorare l'inclusione.

Tuttavia la nascita della società dell'informazione deve, il suo sviluppo alla rapida propagazione dell'ICT. Quest'ultima è frutto del mutamento dei processi produttivi della società industrializzata o taylorfordista, che prevedeva una produzione standardizzata per una società di massa a seguito della progressiva differenziazione della domanda di beni di consumo, a partire dagli anni sessanta, l'inserimento nei processi produttivi delle nuove tecnologie ha consentito di soddisfare adeguatamente nuove richieste del mercato.

Con l'avvento della società dell'informazione muta l'approccio al diritto privato; grazie proprio alle innovazioni tecnologiche, sono stati introdotti concetti quali commercio elettronico, contratto digitale, telematico, privacy e così via.

Oggi, stando comodamente a casa, è possibile, proprio grazie agli strumenti della società dell'informazione, ed in particolar modo ad internet<sup>11</sup>, abbattere i confini temporali e spaziali. Già nell'iniziativa eEurope era previsto l'utilizzo delle ICT ed in particolare di internet, visto come un diritto fondamentale di ogni singolo cittadino. Deriva da tale asserzione l'importanza della sua fruibilità da parte di tutti i consociati.

La Società dell'informazione è una società interculturale, caratterizzata da un nuovo bene economico: l'informazione, intesa non più nei modi tradizionali, e cioè la notizia pubblicata sulla carta stampata, ma la conoscenza gestita tramite i mezzi informatici.

Cambiano, rispetto al passato, le specifiche produttive, organizzative e commerciali, la produzione materiale viene sostituita da una produzione intellettuale dove la conoscenza diventa l'elemento caratterizzante.

La conoscenza scientifica, unita all'applicazione ingegneristica, diventano il perno della nuova organizzazione sociale. Per Touraine, nella società dell'informazione si è verificato un profondo mutamento degli elementi base dello sviluppo vale a dire: dell'economia, della cultura, della società e della politica.<sup>12</sup>

Nella società dell'informazione il rapporto tra informazione e comunicazione sta all'assunto rinvenibile, nella società industriale, tra forza lavoro e capitale.

La capacità produttiva della società dell'informazione è evidenziata dalla capacità di trasformare l'informazione in risorsa economica, magari brevettandola e rendendola fruibile. Ci si orienta, pertanto, verso una produzione di beni immateriali capaci di modificare l'approccio con l'informazione che costituiscono elemento caratterizzante della nuova società.

Definire i confini della società dell'informazione è un'impresa piuttosto ardua; la Regione Toscana, nella legge regionale n. 1 del 2004, ne parla come: "l'assetto delle società industriali avanzate, basate sulla centralità dell'informazione e della conoscenza quale risorse essenziali per lo sviluppo economico, sociale e culturale".

La società dell'informazione può essere considerata, al di là delle accezioni sopra indicate, un insieme di informazioni ed immagini che circolano in maniera libera attraverso tecnologie sempre più avanzate e che permettono scambi di dati in tempo reale, superando i limiti spazio/temporale.

Ogni giorno, tuttavia, siamo sommersi da messaggi comunicativi a volte inutili che finiscono per distrarre l'utilizzatore informatico da ciò che può interessarlo veramente. Occorre quindi un'attività legislativa coordinata al fine di una buona gestione dell'informazione, perché, per citare una frase del matematico Renè Thom, "ciò che limita il vero non è il falso bensì l'insignificante".

Connesse alla Società dell'Informazione, molteplici risultano le problematiche giuridiche ad essa sottese, tanto sotto il profilo patrimoniale quanto sotto quello non patrimoniale, oggetto, oggi, entrambi del diritto privato.

Innanzitutto, riguardo al profilo etico, si può constatare il modo in cui la Società dell'informazione prospetta questioni nuove come l'utilizzo di banche dati<sup>13</sup> con contenuto strettamente personale, riguardanti ad esempio informazioni sul DNA delle persone, non sempre di semplice gestione, sotto il profilo della privacy.<sup>14</sup> Quest'ultimo tema assume enorme importanza in considerazione al trattamento dei dati sanitari, alle limitazioni riguardanti i dati sensibili, ed agli interessi configgenti, quali il diritto a conoscere le proprie origini (limite fra diritto alla privacy e diritto alla conoscenza).

Altro aspetto problematico si rinviene dal rapporto fra i soggetti deboli, con particolare attenzione ai minori, anziani e disabili. Riguardo ai minori, considerata la pochezza (se non l'assenza) di casi giurisprudenziali, risulta non semplice un inquadramento dei problemi giuridici riguardanti l'uso quotidiano di internet e delle nuove tecnologie, come, per esempio, la conclusione di contratti telematici, i video immessi su you tube e così via.

Altri soggetti cd. deboli sono gli anziani, verso i quali l'Unione Europea risulta molto attenta, tant'è che nel giugno 2007 è stato adottato, da parte della Commissione, il piano d'azione "Invecchiare bene nella società dell'informazione". Oggi si parla di e-Health ovvero dell'applicazione delle tecnologie alla sanità in modo tale che saranno le ITC ad adattarsi all'anziano e non viceversa.<sup>15</sup> Scopo primario del menzionato piano, dato l'aumento dell'aspettativa di vita, è quello di rendere gli anziani parte attiva nei confronti della tecnologia.

Anche nei confronti dei disabili, proprio in considerazione del valore pubblico dell'informazione e della sua fruibilità da parte di tutti i consociati, sono stati predisposti progetti al fine di non escluderli dalle nuove tecnologie.

Altra questione di rilievo e strettamente connessa con la Società dell'informazione in generale e con l'uso della rete in particolare, è l'imputabilità soggettiva nella conclusione di contratti a distanza. Infatti la conclusione di contratti telematici, in cui le parti non si trovano, al momento della contrattazione e conclusione, nello stesso luogo, può sollevare problematiche.

Un ulteriore argomento, strettamente connesso alle nuove tecnologie e nello specifico ad internet, riguarda l'e-commerce e le sue differenti tipologie quali il commercio B2B, B2C.<sup>16</sup>

Inoltre, questioni non meno marginali riguardano la tutela della proprietà intellettuale in rete, con specifico riferimento al domain name, alla tutela apprestata al diritto d'autore e alle tutele apportate alle immagini immesse ed alle opere musicali.

Con le tecnologie della società dell'informazione si è avuto il fenomeno del digital divide, e cioè l'amplificazione delle disuguaglianze fra gli individui, non solo tra quelli dei paesi sviluppati e in via di sviluppo, ma anche fra soggetti in contesti geograficamente omogenei, che hanno diversa capacità di accesso alla conoscenza.

L'informazione oggetto della società sopra delineata non sempre è garanzia di certezza e sapere, caratteristiche peculiari invece, della società della conoscenza.

### **3-Profilo giuridici della conoscenza**

Il termine "società della conoscenza" indica, dal punto di vista giuridico, il fenomeno della condivisione globale delle idee indispensabili per il progresso scientifico e tecnologico ottenuta attraverso un corretto processo informativo, vale a dire nel pieno rispetto delle norme poste a salvaguardia della veridicità ed esattezza delle informazioni fornite e ricevute.

La necessità (obbligatorietà) della validazione di certezza e verità dell'informazione da parte dell'organismo di controllo pubblico deriva

dalla particolare natura dei dati immessi nella rete e/o dall'uso cui sono destinati (soprattutto, ma non solo, sfruttamento commerciale). Si pensi, ad esempio, alle informazioni di rilevante valore scientifico e/o tecnologico ovvero ai dati sensibili attinenti alla persona (genoma, età).

La libera (non certificata) circolazione di queste informazioni, infatti, impedisce lo sviluppo della società della conoscenza, intesa quale società fondata su informazioni veritiere e corrette.

D'altra parte, l'esigenza di soddisfare l'interesse pubblico all'autenticità delle informazioni va temperata al principio costituzionale di libertà di manifestazione del pensiero (v. art. 21 Cost.), che impedisce di porre un "filtro" alla circolazione on line di informazioni che non mettano in pericolo il raggiungimento della conoscenza, obiettivo ultimo. Ciò sarà possibile tramite l'istituzione di un'authority ad hoc, che fornirà un valore aggiunto di certezza e garanzia alle informazioni.<sup>17</sup> L'intervento dell'authority potrà avvenire soltanto su espressa richiesta dell'interessato.

Il problema centrale è, in questa prospettiva, quello dell'applicazione uniforme di una disciplina giuridica delle informazioni, attesa la eterogeneità dei contesti ordinamentali sui quali l'attività conoscitiva è destinata a realizzarsi.

Deriva che non è possibile parlare di conoscenza senza affermare contestualmente la rispondenza a canoni valutativi che soddisfino il fondamentale interesse generale alla corretta informazione dei soggetti destinatari di essa.

A rigore di logica, la conoscenza sembrerebbe posteriore alla informazione in quanto per giungere ad una vera conoscenza si ha bisogno del sapere, a cui si perviene tramite un'informazione certificata e veritiera.

L'informazione si può catalogare in certificabile e non certificabile; quest'ultima non è valutabile oggettivamente come esatta. A titolo

esemplificativo possiamo dire che la vendita di un bene immobile in rete potrà essere considerata un'informazione certificabile in quanto è possibile verificarne le caratteristiche e quindi la sua corrispondenza al vero; diversamente non sarà possibile attestare la veridicità di un pensiero.

Tuttavia non potrà parlarsi di società della conoscenza e dell'informazione come concetti interscambiabili.

Va tuttavia ribadito come l'informazione è lo strumento per giungere alla conoscenza, quale sapere certo. Nel quotidiano, la miriade di informazioni con cui ogni individuo viene a contatto non sono altro che dati immessi da qualsivoglia soggetto ne abbia interesse. Quando però questi sono analizzati ed elaborati dal mero sapere-informazione si può generare sapere-conoscenza.

Pertanto, una volta raggiunta, la conoscenza questa deve essere gestita e "governata" si dovranno, quindi, predisporre strumenti come chiavi crittografate, password etc a garanzia di un suo uso corretto ed in modo tale da esercitare un controllo gestionale della stessa.

Da un'indagine valutativa della società contemporanea, sia sotto i profili privatistici che alla luce delle nuove tecnologie e trasformazioni, si potrà dimostrare come essa può essere compresa sotto l'accezione di società dell'informazione e non della conoscenza. Tuttavia saranno suggerite delle soluzioni affinché da società dell'informazione si possa, tra qualche anno, parlare di società della conoscenza, potendo così usufruire di mero sapere veritiero e oggettivo e non di una moltitudine di informazioni tutte da vagliare.

Assicurare la fruizione di informazioni veritiere significa garantire la fruibilità della conoscenza e del sapere scientifico, che è il presupposto indispensabile per realizzare un modello di società, in cui i rapporti giuridici siano preordinati ad un assetto stabile e sicuro delle relazioni economiche tra i privati.

Parlando di società della conoscenza è d'obbligo il rinvio alla strategia di Lisbona secondo cui uno degli obiettivi primari dell'Unione europea è "diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale".<sup>18</sup> Tale strategia è stata anticipata, per molti versi, dal Libro Bianco "Crescita, Competitività e Occupazione" della Commissione Delors.<sup>19</sup>

#### **4—Sorveglianza e tutela della persona**

La società dell'informazione, caratterizzata come si è visto dalla crescita esponenziale delle tecnologie in primis il computer, i telefonini ecc., ha offerto enormi vantaggi nel quotidiano e non, ha permesso lo scambio delle informazioni in tempo reale collegando realtà geografiche e culturali distanti tra di loro, facendo dell'informazione una merce a basso costo fruibile dai più e costituendo la base del processo di globalizzazione.

Tuttavia è evidente che la conseguenza diretta della società dell'informazione è una società più controllata dove le informazioni dei vari database collegati tra loro "sorvegliano" l'individuo in ogni momento, anche nel privato, generando quindi una "società della sorveglianza"<sup>20</sup>. Basti pensare che un mero pagamento tramite carta di credito o un pedaggio autostradale mettono in circolazione dati sensibili di coloro che utilizzano questi strumenti aprendo la via a possibili abusi perpetrati da chi se ne appropria indebitamente.

In passato il controllo veniva effettuato da istituzioni preposte che potevano essere lo Stato, le forze di polizia etc; ora nella società "sorvegliata", il controllo è effettuato, attraverso le catalogazioni di dati e informazioni, da società di marketing, che per esigenze economiche studiano il consumatore per tipizzare la produzione, dall'uso di carte a banda magnetica che ne registrano i movimenti, dalle videocamere poste, per motivi di sicurezza, all'interno dei supermercati o lungo le strade e così via.

Nessun soggetto può sottrarsi al controllo dell' "occhio elettronico"<sup>21</sup>, neanche dentro le proprie mura domestiche: basti pensare al telefonino, che emana un campo magnetico anche quando è spento.

Nella società della sorveglianza l'insieme delle informazioni e delle immagini catalogate e rielaborate ricostruiscono in maniera virtuale l'individuo che attraverso le proprie azioni quotidiane lascia tracce elettronicamente rilevabili.

L'insieme dei comportamenti rilevati vengono appositamente studiati da sociologi e psicologi i quali evidenziano un modello prototipale cui ricondurre individui con caratteristiche similari, ovvero si perviene ad una catalogazione tale da permettere un discrimine tra individui "pericolosi" e non. Questo è sicuramente ben gradito dai governi, i quali sono facilitati nelle operazioni di ordine pubblico e buon costume.

La sorveglianza è necessaria a garantire uno stato libero e democratico, ma è necessario chiedersi se un grado eccessivo di controllo possa limitare la libertà o addirittura metterne seriamente in pericolo l'esistenza.

Secondo Stefano Rodotà, già presidente dell'autorità garante per la privacy, "la società della sorveglianza, del controllo capillare e tecnologico, è un pericolo sempre meno remoto che si allunga come un'ombra sul nostro futuro, per la verità molto prossimo. Corriamo seriamente il rischio che un guinzaglio elettronico controlli le nostre vite e che i nostri corpi siano segnalati da chip spia ovunque si trovino. La difesa del valore della democrazia appare il bene da salvaguardare prima di ogni altro."<sup>22</sup>

L'allarme lanciato da Rodotà è un allarme concreto che deve invitare alla riflessione: nella società della sorveglianza si ha un controllo generalizzato e non più particolare che ci vede osservati sotto ogni aspetto della vita, dalla quotidianità all'evento particolare, dalle persone ritenute a "rischio" alla gente comune limitando la propria spontaneità e libertà.

In particolare la situazione diventa ancora più inquietante quando attraverso esami di frammenti di pelle, saliva capelli ecc. si possono ottenere informazioni non soltanto sull'identità di una persona, ma anche di tipo "predittivo". In considerazione di ciò, Rodotà denuncia il gravissimo rischio rappresentato dai test genetici offerti da internet, dove occorre che sia adeguatamente garantito il rispetto dei principi essenziali della protezione dei dati, come un'adeguata informativa da parte di coloro che richiedono il test, il consenso che gli stessi devono prestare, le modalità di comunicazione dei risultati, l'autorizzazione eventuale del garante.

Rodotà invita i legislatori a riflettere sulla possibilità, attraverso la rete, di impadronirsi della identità personale di un individuo o di un gruppo di individui, e di intervenire mediante la tutela di una giurisdizione anche penale.

Il garante, nella relazione annuale del 2003, ha sottolineato l'urgenza di varare una Convenzione internazionale in materia di protezione dei dati personali, necessità avvertita dagli addetti ai lavori e non.

## **5— Diritti patrimonialmente neutri e responsabilità civile**

Nell'attuale contesto sociale muta anche il diritto privato, non più rivolto esclusivamente agli interessi patrimoniali ma orientato sempre più alla depatrimonializzazione, tanto da poter oggi parlare di diritti patrimonialmente neutri.<sup>23</sup>

L'espressione «diritti patrimonialmente neutri» indica, in generale, le situazioni giuridiche soggettive preordinate alla tutela dei valori fondamentali della persona, la cui lesione può dar luogo a conseguenze di natura patrimoniale.

In particolare, il concetto di «neutralità» denota l'assenza di contenuto economico, sotto l'aspetto sostanziale, delle situazioni personali, per loro intrinseca natura indisponibili. Tale concetto non qualifica dette situazioni personali dal punto di vista rimediabile, poiché il sistema della

---

responsabilità civile (sia contrattuale che extracontrattuale) prevede il meccanismo risarcitorio per equivalente come alternativa possibile a quello in forma specifica, tutte le volte in cui si manifesti un danno alla persona all'interno o al di fuori di un preesistente rapporto obbligatorio<sup>24</sup>.

In questa prospettiva, la neutralità patrimoniale rappresenta il profilo statico del diritto della personalità e, tuttavia, lascia aperta la questione della patrimonialità degli effetti che l'ordinamento ricollega ai comportamenti illeciti che ne impediscono o ne turbano l'esercizio.

L'interesse del singolo, al rispetto delle prerogative essenziali della propria persona costituzionalmente rilevanti, è, d'altra parte, esposto in misura significativa alla lesione da parte di coloro che utilizzano gli strumenti della società dell'informazione, ed è per questa ragione che l'argomento assume estrema importanza in questa sede.

Ma v'è di più: i diritti patrimonialmente neutri costituiscono una categoria logica che rende evidente, più d'ogni altra, il collegamento inscindibile tra diritto delle persone e diritto patrimoniale, mostrando all'interprete la complessità e la complementarietà degli interessi giuridicamente rilevanti in giuoco.

È esemplare, al riguardo, il caso dei contratti con prestazione medica<sup>25</sup> che trovino attuazione attraverso strumenti telematici, la c.d. telemedicina<sup>26</sup>, ove l'esigenza della tutela della riservatezza e veridicità dei dati personali forniti è avvertita come prioritaria rispetto a quella della corretta formazione ed attuazione del rapporto.

La telemedicina, frutto delle ICT applicate all'ambito sanitario, ha visto la nascita di concetti quali telecardiologia, teleconsulto, telemonitoraggio, teledialisi ecc. ovvero dell'applicazioni della telemedicina nei vari campi della scienza medica. Infatti essa si può estendere ad ogni branca della medicina stessa.

Tuttavia il crescente sviluppo dell'informatica e delle tecnologie negli ultimi trent'anni, ha consentito che anche la medicina utilizzasse gli ICT

al fine di coordinare, interagire e monitorare le informazioni per un più preciso e razionale utilizzo delle risorse ottimizzando l'erogazione dei servizi.

L'applicazione dell'informatica in campo medico permette una risposta tempestiva di tipo diagnostico e terapeutico ed elimina ancora una volta, i limiti spazio-temporali, in quanto il centro di consulto può trovarsi in luoghi totalmente diversi dalla dislocazione del paziente; da qui il grande vantaggio: si pensi alle persone che per ragioni fisiche o logistiche hanno grosse difficoltà a raggiungere centri specializzati o agli interventi di pronto soccorso per i quali l'effettuare una diagnosi tempestiva e puntuale può essere di vitale importanza.

La telemedicina porta utilità anche in ambito amministrativo, in quanto attraverso le consultazioni on line è possibile verificare la disponibilità dei posti letto, fare prenotazioni, accedere alle cartelle cliniche elettroniche, richiedere certificati ecc.

L'applicazione della telematica in ambito medico risale in Italia a metà degli anni settanta, e la letteratura in merito offre diverse definizioni del termine telemedicina che si sono evolute nel corso degli anni, mantenendo comunque una matrice comune: l'applicazione scientifica al servizio del paziente e non viceversa.

Nel 1990, nell'ambito dell'Unione Europea, è stata qualificata la telemedicina come *l'integrazione, monitoraggio e gestione dei pazienti, nonché l'educazione dei pazienti e del personale, usando sistemi che consentano un pronto accesso alla consulenza di esperti ed alle informazioni del paziente, indipendentemente da dove il paziente e le informazioni risiedono*<sup>27</sup>.

Nel 1997 l'Organizzazione Mondiale della Sanità fornisce una nuova definizione:

«la telemedicina è l'erogazione di servizi sanitari, quando la distanza è un fattore critico, per cui è necessario usare, da parte degli operatori, le tecnologie di rete e delle

telecomunicazioni al fine di scambiare informazioni utili alla diagnosi, al trattamento ed alla prevenzione delle malattie e per garantire un'informazione continua agli erogatori di prestazioni sanitarie e supportare la ricerca e la valutazione della cura».

La telemedicina intesa come assistenza a distanza pone in stretto contatto centri specializzati siti in diversi luoghi, effettua un controllo monitorato su pazienti direttamente ai propri domicili, riduce le problematiche di pazienti dislocati in terreni difficilmente raggiungibili, facilita, attraverso l'informazione in rete, l'accrescimento delle conoscenze dei paesi in via di sviluppo.

La telemedicina può essere schematizzata in tre modalità operative:

- la telemedicina territoriale o domiciliare, dove il medico di base o lo stesso paziente inviano dati attraverso una rete informatica capillare ad un centro di ascolto, e medici specialisti elaborano detti dati fornendo una diagnosi ed eventuali indicazioni terapeutiche;
- la telemedicina attraverso la quale avvengono scambi di informazioni tra le diverse strutture ospedaliere mettendo a disposizione ognuna il proprio know-how scientifico e clinico;
- ed infine la telemedicina come mezzo di gestione delle situazioni di emergenza con il compito ulteriore di effettuare una sorta di filtro rispetto alle richieste urgenti a volte ingiustificate.

In Italia la telemedicina opera in assenza di un quadro normativo di riferimento e pertanto con problematiche etico-legali irrisolte che ne impediscono uno sviluppo adeguato; l'unico riferimento normativo può rinvenirsi nel più generico Codice dell'amministrazione digitale<sup>28</sup>.

Vista l'importanza e la riservatezza dell'informazione nell'applicazione della telematica in campo medico, è fondamentale che la

trasmissione dei dati avvenga in maniera precisa e che il dato sia sicuro ossia una volta immesso in rete non sia intercettabile da estranei e tanto meno modificabile e giunga a destinazione dell'effettivo destinatario così come è stato inviato. Sulla base di quanto affermato si pongono diversi problemi giuridici, in primo luogo sulla responsabilità tra chi invia i dati e chi li preleva ed ancora sulla sicurezza di chi fornisce il servizio di trasmissione dei dati sanitari e clinici.

Questi problemi sono stati, da ultimo, affrontati dalla commissione europea nella raccomandazione del 2 luglio 2008 sull'interoperabilità transfrontaliera dei sistemi di cartelle cliniche elettroniche<sup>29</sup>. In particolare, la Commissione invita gli stati membri a porre in essere misure idonee a garantire la riservatezza dei sistemi di cartelle cliniche elettroniche attraverso norme sui processi di gestione di rilevamento dei casi di violazione dei meccanismi di identità o sicurezza che portano alla distruzione, perdita e alterazione accidentale o illecità, oppure alla diffusione o all'accesso non autorizzati ai dati personali trasmessi, conservati o trattati nei sistemi di cartelle cliniche elettroniche (considerando n. 14 lett. l). Nel quadro delineato dalla Commissione, peraltro, emerge con sufficiente chiarezza un duplice livello di tutela dell'interesse fondamentale della persona alla riservatezza dei propri dati personali. Esso prevede, in prima battuta, la responsabilità del professionista in campo sanitario che richiede ed effettua il trattamento dei dati personali nelle cartelle cliniche elettroniche; egli è, infatti, soggetto al segreto professionale sancito dalla legislazione nazionale, comprese le norme stabilite dagli organi nazionali competenti (considerando n. 14 lett. f). Ciò, all'evidenza, chiama in causa innanzitutto il combinato disposto ex artt. 1175 c.c., 1176 c.c., 2230 c.c., 2236 c.c, 4 (lett. h) e art. 11 (lett. a) del d.lgs. 196/2003 infatti, il medico o il sanitario, obbligato alla prestazione professionale nei confronti del paziente, in virtù di un contratto d'opera intellettuale, e anche, nel caso in esame, il soggetto incaricato espressamente del trattamento dei dati personali dal titolare di essi. Deriva da ciò che il professionista è soggetto all'obbligo di cui all'art. 11 (lett. a) cod. privacy, che prevede il trattamento dei dati personali in modo lecito e secondo correttezza. Pertanto, la correttezza in executivis di cui all'art. 1375 c.c. si specifica

---

nell'obbligo di non rivelare e/o diffondere i dati sensibili relativi alla cartella clinica del paziente, essendo palesemente scorretta la condotta del professionista che li divulghi (obbligo di segretezza). Ma v'è di più: la vera novità di questa ricostruzione risiede nel nesso inscindibile tra responsabilità contrattuale per violazione dell'obbligo di correttezza contrattuale e risarcimento del danno non patrimoniale per lesione del diritto alla riservatezza ex art. 15 d.lgs. 196/2003. In questa ipotesi la quantificazione del danno è essenzialmente rimessa alla valutazione equitativa del giudice ex art. 1226 c.c. essendo l'interesse alla tutela della riservatezza insuscettibile di valutazione patrimoniale<sup>30</sup>.

Il secondo livello di tutela delineato dalla Commissione nella predetta Raccomandazione è invece prettamente di natura extracontrattuale, atteso che la predisposizione di sistemi di sicurezza on line dei dati sensibili oggetto delle cartelle cliniche elettroniche mira ad impedire la commissione di illeciti extracontrattuali. Infatti, la violazione di tali sistemi può discendere soltanto da attività illecite di terzi poste in essere al di fuori di qualsivoglia tipo di rapporto obbligatorio preesistente. Peraltro, onde assicurare l'effettiva risarcibilità della lesione subita l'art. 15 co. 1 d.lgs. 196/2003 pone a carico del soggetto tenuto al trattamento dei dati personali il risarcimento ai sensi dell'art. 2050 c.c.; trattasi di responsabilità oggettiva o indiretta, tutte le volte in cui l'autore dell'accesso non autorizzato è persona diversa dal soggetto incaricato del trattamento degli stessi dati. Sotto questo profilo, l'attività illecita rientra nel rischio connesso allo svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, che in virtù del rinvio all'art. 15 è quindi posto a carico del soggetto incaricato del trattamento.

Ogni qualvolta si immettono in rete dei dati medici siamo di fronte al coinvolgimento di tre figure: il medico di base o il paziente che immette l'informazione, il fornitore del servizio, ed il ricettore dell'informazione o consulente; il problema giuridico che ne deriva è l'attribuzione delle responsabilità professionali tra i soggetti che intervengono all'operazione e la mancanza di norme specifiche che rendono poco agevole la soluzione di eventuali controversie.

Non di poco conto è la problematica del cosiddetto «consenso informato»<sup>31</sup>; infatti qualsiasi informazione di natura medica deve mettere a conoscenza il paziente di eventuali rischi, delle eventuali soluzioni che il medico intende intraprendere per ridurre tali rischi e la garanzia della sicurezza dei dati raccolti, e di contro il paziente deve esprimere il proprio parere se acconsentire o meno a che il trattamento sanitario venga effettuato.

La sicurezza e la correttezza delle informazioni sono fondamentali al fine dell'affidabilità dei dati on line, pertanto il gestore del servizio di trasmissione occorre che identifichi attraverso credenziali di accesso, l'univocità dell'individuo connesso in quel momento e il profilo operandi.

Con lo scopo di porre un controllo alle informazioni mediche circolanti in Internet, nel 1996 l'HON (l'Health on the Net Foundation) ha emanato un codice di condotta scritto in 11 lingue (italiano compreso) specifico per siti medici che ancora oggi è tra i più accreditati.

Il legislatore italiano, nel corso degli anni, ha regolamentato il trattamento dei dati sensibili<sup>32</sup>, giungendo alla emanazione nel 2003 del codice della privacy, tuttavia data la sensibilità dei dati oggetto di trattazione della telemedicina, risulta assai difficile conciliare l'esigenza di un servizio sanitario efficiente che tenga il passo con le innovazioni tecnologiche e il diritto di tutela alla riservatezza dei diritti fondamentali dell'individuo.

Per dare uniformità alle informazioni in rete ed accrescere il dialogo sono stati creati degli Standards<sup>33</sup> attraverso i quali è possibile produrre ed interpretare in maniera univoca messaggi XML compatibili, giungendo così ad un ampliamento delle conoscenze e delle implementazioni informatiche.

## **6— La tutela dei soggetti deboli: inquadramento e digital divide**

Con l'accezione soggetti deboli si connotano quei soggetti maggiormente esposti ad attività lesive di terzi ovvero coloro i quali

subiscono danni, stante la loro condizione svantaggiata e non sono in grado di proteggere la loro sfera in via preventiva.

La «debolezza» può riguardare tanto la sfera patrimoniale quanto quella non patrimoniale.

L'attività patrimoniale del soggetto debole coincide con la limitazione della capacità d'agire (ex art. 2 c.c.): giacché in ambito negoziale, requisito ai fini della validità, è la capacità di compiere tutti gli atti.

Tuttavia la «debolezza» può riguardare, anche, gli interessi patrimonialmente neutri<sup>34</sup>. In questo caso il controllo della sfera dei diritti fondamentali della persona sfugge al soggetto debole o comunque risulta minore. I dati della persona, in un soggetto debole, sono facilmente manipolabili da chi si prende cura di quel soggetto o da chi, pur non avendone cura riesce ad intromettersi nella sua sfera. A titolo esemplificativo poniamo il caso di un minore che, dopo essere stato ingannato, invia le proprie foto, finendo così in un sito pedopornografico.

Cosa serve per tutelare i soggetti deboli? Sicuramente una probabile risposta la si può trovare in un' authority pubblica ad hoc preposta alla cura e tutela di questi.

Già «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ...»; tutto ciò a garanzia del principio di solidarietà sociale, caratterizzante uno stato di diritto.

La dignità del soggetto debole viene compromessa dalla impossibilità di controllare la sfera della propria persona e di esercitare pienamente i diritti fondamentali attraverso i quali egli manifesta la propria personalità<sup>35</sup>.

La dignità della persona è un meta-valore, è l'espressione di sintesi di tutti i diritti della persona.

Essa viene tutelata sia all'art. 1 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>36</sup>, sia dalla Convenzione del 50 art. 8<sup>37</sup>, sia nell'ordinamento interno dal sopracitato art. 2 Cost. Quest'ultimo deve essere letto in unità con l'art. 3, co. 2, Cost. il quale tutela il principio di eguaglianza sostanziale. Considerato che gli uomini sono tutti uguali di fronte alla legge ed hanno pari dignità, allorché ciò viene meno, lo Stato interviene per rimuovere gli ostacoli e favorire una politica di aiuti. Pertanto per realizzare una uguaglianza sostanziale devono essere abbattute le barriere che ostacolano e non permettono lo sviluppo pieno dell'individuo.

Nella Società dell'informazione è ravvisabile il fenomeno dell'esclusione sociale (caratterizzante per lo più la categoria di soggetti in questione) che si ha quando le persone non sono messe nelle condizioni di poter accedere «tutti» a ciò che la società stessa offre. Questo genera diseguaglianze ed è qui che trova spazio la solidarietà sociale, con carattere interventistico e solidaristico ed un precipuo compito: eliminare le diseguaglianze. Più che di esclusione sociale si dovrebbe poter parlare di inclusione sociale. Come si può raggiungere l'obiettivo di non lasciar fuori alcuno dalla società della conoscenza? Sicuramente investendo nell'istruzione e nell'educazione in modo tale da favorire l'accessibilità dell'intera umanità. Una delle parole chiave della società della conoscenza è proprio «accessibilità» grazie ad essa sarà possibile la circolazione del sapere. In tale direzione è proprio la strategia di Lisbona secondo cui «i sistemi europei di istruzione e formazione devono essere adeguati alla necessità di migliorare il livello e la qualità dell'occupazione»<sup>38</sup>.

Pertanto affinché si abbia una società della conoscenza, propriamente intesa, si avrà bisogno del giusto equilibrio e funzionamento di questi concetti, posti nel seguente ordine: eguaglianza sociale, inclusione sociale, solidarietà sociale. Essi sono uniti da una funzione che si può definire come «proprietà transitiva» ovvero l'eguaglianza sociale può trovare coincidenza grazie all'inclusione sociale la quale a sua volta potrà combinarsi alla solidarietà sociale e per la proprietà transitiva si avrà l'equazione eguaglianza sociale uguale solidarietà sociale<sup>39</sup>.

Per completezza sull'argomento meritano menzione gli istituti a protezione dei soggetti deboli, tuttavia in tale sede non troveranno adeguata trattazione. Il soggetto debole, considerato il suo status di debolezza, abbisogna di assistenza, che non necessariamente si riferisce agli aspetti prettamente economici, ma inerisce pure la sfera personale.

Detto ciò rientrano tra gli istituti che offrono assistenza ai succitati soggetti la tutela e curatela<sup>40</sup>, il trust<sup>41</sup>, ed infine, in ordine di tempo, l'amministrazione di sostegno<sup>42</sup>.

Altra categoria di soggetti c.d.<sup>43</sup> deboli a cui verrà rivolta attenzione in tale sede sono i disabili, da non confondere con coloro i quali sono affetti da menomazione<sup>44</sup> o handicap<sup>45</sup>. In termini definitivi, secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), per disabilità bisogna intendere «qualsiasi limitazione della perdita della capacità di compiere un'attività nel modo e nell'ampiezza considerati normali per un essere umano. Si parla quindi di disabilità nella comunicazione, disabilità nel movimento e così via». La disabilità, infatti, può riguardare la sfera sensoriale (es. cecità, sordità ecc.), l'ambito motorio e quello cognitivo.

Dalla definizione in termini ora menzionata è evidente come il disabile possa non avere un semplice approccio nella società dell'informazione.

Bisogna favorire il loro accesso nei confronti delle tecnologie, evitando, tuttavia, una dipendenza del disabile nei confronti dei servizi elettrici<sup>46</sup>. L'informazione deve poter essere fruibile da tutti i consociati come bene pubblico, includendo fra i consociati anche i disabili. Proprio per questo motivo sono stati presi in considerazione una serie di progetti (facenti parte del settore della eInclusione, programma TSI) volti al superamento delle difficoltà incontrate per lo più da anziani e disabili. In riferimento a questi ultimi è stato posto in essere un progetto denominato «Vickie» rivolto a persone con disabilità di tipo sensoriale.

Esso permette alle persone ipovedenti la lettura di libri. Come ha sostenuto il coordinatore dello stesso progetto:

«Si parla sostanzialmente di libri su supporto cartaceo ... sebbene a volte i libri siano pubblicati anche in versione digitale per lettura su computer. Ma è evidente che i libri debbano innanzitutto essere trascritti in Braille o trasposti in formato digitale, attività di cui si occupano appositi centri specializzati con personale molto limitato»<sup>47</sup>.

Con finalità analoghe e rivolto ai soggetti con difficoltà visive è il progetto definito «Robo Braille» trattasi nella specie di un convertitore per mezzo del quale, dopo aver inviato una e-mail di testo, è possibile ricevere il file inviato come file audio MP3, come file in formato Braille o come file di testo comprendente il risultato della conversione<sup>48</sup>.

Come precedentemente accennato la disabilità può riguardare anche la sfera motoria e ciò può essere scaturito da difficoltà di compiere alcuni movimenti o dall'immobilità della persona o da persone affette dal Parkinson. Anche queste categorie sono state prese in considerazione da alcuni progetti, ne è un esempio il Park Service, i cui beneficiari sono le persone con malattia degenerativa quale il Parkinson<sup>49</sup>.

Per i disabili motori anche in campo tecnologico sono state molte le attenzioni a loro rivolte, basti pensare alle differenti tastiere che oggi ci sono, sia più estese o più ridotte a seconda delle specifiche esigenze, ai mouse a pedale ed altri speciali sistemi<sup>50</sup>.

Proprio per la non esclusione dei disabili molta attenzione è stata a questi rivolta e nel 2003 è stato l'Anno Europeo dei disabili, nello stesso anno è stato anche pubblicato un Libro bianco sull'accessibilità; e sempre il 2003 ha visto la presentazione del disegno di legge denominato «Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici»<sup>51</sup>. Esso è poi divenuta legge (l. n. 4/2004)<sup>52</sup> dal titolo «Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici» in cui all'art. 1 viene illustrato lo scopo

della stessa ovvero l'accesso garantito da parte dei disabili verso gli strumenti informatici<sup>53</sup>.

Altra categoria di soggetti cd. deboli della società della conoscenza è quella dell'anziano. In prima battuta si tratterà un profilo di questa figura per poi prendere in esame l'approccio di questi con una società ove le tecnologie sono in continuo sviluppo.

Si può definire anziano quell'individuo che ha raggiunto un'età anagrafica avanzata ed ha così passato la fase della giovinezza ed anche quella dell'età adulta.

Nell'ordinamento italiano non è dato parlare di vera e propria tutela costituzionale riguardo gli anziani. Tuttavia, secondo alcuni, la posizione dell'anziano potrebbe farsi rientrare nell'alveo dell'art. 38 Cost.<sup>54</sup>. Questa norma prevede l'intervento assistenziale, da parte dello Stato, tutte le volte in cui vi sono dei cittadini che, atteso il loro stato fisico o mentale ovvero un'età piuttosto avanzata, non sono in grado di svolgere un'attività lavorativa. Ed è proprio in questa fase che interviene lo Stato somministrando, periodicamente sussidi di tipo economico. Pertanto, come si evince anche dalla norma stessa, i probabili beneficiari di erogazioni periodiche risultano gli anziani in quanto, tenuto conto dell'età avanzata non sono più in grado di essere soggetti attivi, idonei ad impiegare la propria forza lavoro a disposizione della società.

Pure le persone cd. inabili, o per infermità fisica o mentale o per altri handicap potranno beneficiare di trattamenti di favore da parte dello stato.

Che rapporto ha l'anziano con la società della conoscenza? Può trarne vantaggi o il suo inserimento amplificherà oltremodo il divario in rapporto alla sua debolezza?

Per poter rispondere a questi interrogativi è d'uopo uno sguardo d'insieme alle politiche ed ai vari programmi posti in essere negli ultimi anni.

Gli anziani per non restare fuori dalla società della conoscenza e per non essere emarginati devono essere preparati a poter recepire le informazioni e servizi che questa è in grado di offrire. Allo stato dell'arte le difficoltà maggiori, legate alla società dell'informazione, incontrate da un anziano possono riguardare innanzitutto il loro grado di istruzione, o meglio analfabetizzazione, non idoneo a comprendere il linguaggio informatico.

Altro aspetto da non sottovalutare riguarda l'ambito economico, non tutti possono permettersi l'acquisto di macchine informatiche.<sup>55</sup>

Per tentare di dare una risposta al problema dell'invecchiamento nella società dell'informazione la Commissione europea ha adottato un Piano d'azione dal titolo «Invecchiare bene nella società dell'informazione – Un'iniziativa i2010 – Piano d'azione su tecnologie dell'informazione e della comunicazione e invecchiamento»<sup>56</sup>. Tale piano ha tenuto in considerazione la situazione inerente l'invecchiamento demografico e mira a dare una risposta affinché siano le tecnologie ad adeguarsi agli anziani e non il viceversa. Inoltre, nello stesso, si esprime l'importanza della sanità a distanza, tramite le ITC in questo modo i servizi saranno più efficienti e produttivi ed a trarne beneficio sarà anche il professionista sanitario e assistente sociale che avrà più tempo a disposizione per curare la propria formazione<sup>57</sup>. Il Piano d'azione, tra le altre, inserisce la priorità di «sostegno alle amministrazioni regionali e locali nei loro sforzi volti ad utilizzare in maniera ottimale i fondi strutturali per sviluppare le competenze degli anziani – tra l'altro attraverso il programma per l'apprendimento permanente – e per sfruttare le esperienze positive fatte con la formazione tra pari per gli anziani»<sup>58</sup>.

Come sostenuto da Viviane Reding, commissario per la società dell'informazione ed i media, «In Europa l'invecchiamento demografico costituisce una sfida per il mercato del lavoro e il sistema sanitario e assistenziale, ma offre nello stesso tempo un'opportunità economica e sociale. Le ICT forniranno prodotti nuovi e servizi rispondenti alle esigenze degli anziani».

---

Proprio in tal senso sono i disegni e progetti, prima menzionati, al fine di non aumentare il digital divide.

Oggi si sente parlare, molto più di frequente, di digital divide fenomeno che ha avuto origine negli anni '90, durante una politica di sviluppo e incremento di internet, negli Stati Uniti, da parte di Al Gore e Bill Clinton<sup>59</sup>.

Il Digital Divide tradotto letteralmente sta per divario digitale. Esso indica «le disuguaglianze di accesso e di utilizzo delle tecnologie dell'informazione, determinate dalla difficoltà strutturale di utilizzazione di queste tecnologie a causa dell'assenza di reti elettriche e telefoniche, di strumenti di conoscenza tecnica adeguata ... indica ... la persistenza di carenze di ordine, economico, culturale, sociale»<sup>60</sup>. La «debolezza» del soggetto sia sul piano economico sia su quello personale-fisico può divenire amplificazione di disuguaglianze in special modo se la si rapporta alle nuove tecnologie.

Questo fenomeno è strettamente correlato alle nuove tecnologie della società dell'informazione (ITC), ma ancor di più ad internet e può fungere da amplificatore tra i Paesi sviluppati e quelli cd in via di sviluppo. Le differenze possono essere ben comprese se prendiamo in esame due paesi, uno molto sviluppato, anche sotto il profilo economico, e l'altro, invece, molto arretrato. Viene da sé che il Paese ricco godrà anche di un buon livello di alfabetizzazione che in termini significa, anche, apprendimento migliore e più agevole nei confronti delle tecnologie.

Contesto totalmente differente presenta un Paese sottosviluppato, ove le tecnologie sono in misura inferiore e quelle che vi sono non risultano ben comprese, causa l'analfabetizzazione.

Si evince nell'immediato come, nel caso di specie, il digital divide può rappresentare una vera e propria discriminazione per i soggetti. Per fronteggiare questa situazione l'Unione Europea ha approvato un piano d'azione «eEurope 2002» incentrato, fra le altre, sulla e-inclusion, su un accesso più sicuro e rapido alla rete.

## Note di chiusura:

1. G.M. FLICK, Globalizzazione delle regole e fondazione dei valori: l'esperienza europea, in *Politica del diritto*, 2002, p. 198.
2. Per un approccio sociologico del fenomeno U. BECK, *Che cosa è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, p. 39, secondo il quale l' "evidente perdita di confini dell'agire quotidiano nelle diverse dimensioni dell'economia, dell'informazione, dell'ecologia, della tecnica, dei conflitti transculturali della società civile, cioè, in fondo qualcosa di familiare e nello stesso tempo inconcepibile, difficile da afferrare, ma che trasforma radicalmente la vita quotidiana, con una forza ben percepibile, costringendo tutti ad adeguarsi, a trovare risposte". Per un approccio giuridico S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, p. 3 ss. Id., *Diritto e globalizzazione*, Roma-Bari, 2009. Sul punto vedi ALB. DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, Perugia, 2007.
3. S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, p. 5. L'autore evidenzia come "cambiamenti così importanti siano avvenuti per la forza spontanea della tecnologia, dell'economia e della finanza, per cui i mercati diventano globali, mentre le istituzioni su cui si appoggiano e che li regolano rimarrebbero nazionali".
4. Così *Tecnologie per la disabilità*, in *Libro Bianco*, cap. I, "La rivoluzione digitale può essere davvero per tutti?"
5. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006.
6. Per approfondimenti sulla tematica v. E. BABUCCI, *Le situazioni giuridiche soggettive nella società dell'informazione e della conoscenza*, Perugia, 2008, p. 9 ss; R. CIPPITANI, *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in A. Palazzo, A. Sassi, *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 165 ss; M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007.
7. In tal senso F. FORTE, *L'informazione e il mercato*, in *Conoscenza e diritto. L'informazione tra responsabilità e auto responsabilità. Atti del Convegno del 4-5 ottobre 2002 S. Trada (Reggio Calabria)*, a cura di F. Tescione e R. Siclari, Napoli, 2008, p. 11.
8. F. FORTE, *L'informazione e il mercato*, cit., p. 12.
9. A. MATTELART, *Storia della società dell'informazione*, Torino, 2002, p. 144.
10. Sul punto D. BELL, *The coming of Post Industrial Society. A venture in Social Forecasting*, New York, 1973. **Sempre in tal senso, per una ricostruzione in chiave storica** v. F. VESPASIANO, *La società della conoscenza come metafora dello sviluppo*,

---

2005, Milano, p. 17 ss. L'autore, facendo menzione ad altri es. Duff ricostruisce la nascita della "Società dell'informazione" sostenendo che detto termine è stato coniato per la prima volta a metà degli anni sessanta da un giornalista giapponese Michiko Igarashi, anche se si è concordi nel far risalire la nascita della società dell'informazione con la fine degli anni sessanta e gli inizi degli anni settanta ed in particolare con la fine del taylor-fordismo.

11. S. Bisi, Internet e i suoi servizi, in *Telematica giuridica* a cura di G. Ziccardi, Milano, 2005, p. 122 ss. L'autrice delinea le origini di Internet riportando le due teorie maggiormente accreditate che si contrappongono l'un l'altra. La più diffusa vede la nascita di Internet legata a scopi militari e più precisamente durante il periodo della guerra fredda ed in particolare al fine di progettare un sistema che potesse sopravvivere alla guerra nucleare mediante l'utilizzo di sistemi decentrati.

La seconda teoria, sicuramente più pacifica, sostiene che Internet nasce dall'esigenza di collegare in rete i ricercatori scientifici delle università americane al fine di condividere le scoperte scientifiche e le risorse informatiche, si consideri che si è agli inizi degli anni settanta e i computer sono ingombranti e costosi. Probabilmente sempre secondo l'autrice le due teorie si integrano a vicenda, infatti Internet nasce da un gruppo di ricerca denominato ARPA che faceva parte del Ministero della Difesa americana e da questo sovvenzionato, quindi si è propensi nel pensare che Internet nasce per porre fine a diverse problematiche eterogenee che potessero inglobare sia le questioni scientifiche che militari. Di lì a poco lo sviluppo di Internet fu esponenziale. Nel 1992 il CERN di Ginevra introdusse il World Wide Web un sistema di controlli del software che permettevano di trasformare Internet in un grande ipertesto con tecnologie client/server; ma la vera rivoluzione si ebbe l'anno successivo quando Marc Andressen, programmatore del NCSA nell'Illinois, realizzò un programma che permetteva all'utente di muoversi rapidamente all'interno di quel grande ipertesto: era il primo browser, facile da installare, utilizzabile 24 ore su 24 e distribuito gratuitamente. Di lì a poco erano 623 i siti Web nel mondo. Nel 1995 il Federal Networking Council (FNC) statunitense definiva il termine Internet come " Sistema di informazione globale che: 1) è collegato in modo logico mediante uno spazio di indirizzi globale basato sull'Internet Protocol (Ip) o sulle sue estensioni/variazioni; 2) è in grado di supportare comunicazioni utilizzando il sistema Transmission Control Protocol/Internet Protocol (Tcp/Ip) o le sue estensioni/Variazioni, e/o altri protocolli Ip-compatibili; 3) fornisce, usa o rende accessibili, sia pubblicamente che privatamente, servizi di alto livello connessi alle comunicazioni e alle infrastrutture collegate qui descritte". Ancora vedi P. CERINA, La Risoluzione giudiziale delle controversie il problema della giurisdizione, in *Commercio elettronico e servizi*

della Società dell'informazione, a cura di E. Tosi, Milano, 2003, p. 426, per l'autore la rete non è una cosa o un'entità posseduta da qualcuno, ma qualcosa che c'è e non c'è; infatti se sono identificabili e localizzabili i computer ed i loro utenti, non altrettanto si può dire delle informazioni che circolano nella rete. Inizialmente ci si domandava se Internet fosse uno spazio a sé stante anche dal punto di vista giuridico, ben presto, benché affascinante la tesi della non assoggettabilità di Internet alle norme statali fu abbandonata. Si è anche superato "il sogno di un'autonomia giuridica del cyberspazio", la normativa statale entra a pieno titolo nel mondo virtuale di Internet, consapevole del fatto che dietro il virtuale si trovano società, enti o privati, elementi tangibili di una fisicità con propri interessi

12. A. TOURAINE, Società postindustriale, in Enciclopedia delle scienze sociali, Roma, Treccani, vol. VIII, passim, cit. in F. Vespasiano, La società della conoscenza come metafora dello sviluppo, Milano, 2005, p. 19.

13. Trib. Milano, 19 marzo 2007, in Dir. Ind., 2008, 1, p. 85, con nota correlata di L. MUSSO, La tutela penale delle banche dati, "Le banche dati sono espressamente contemplate come opere protette ai sensi degli art. 1, comma 2, legge 633/1941 e 2, comma 1 n. 9, della stessa legge e quivi definite come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo, di guisa che gli elementi che definiscono una banca dati sono: a) che vi siano più dati che siano stati raccolti; b) che tali dati siano stati disposti sistematicamente o metodicamente; c) che essi siano individualmente accessibili mediante mezzi elettronici mentre non rileva che i dati presentino particolare originalità o pregio scientifico poiché la banca dati è tutelata come opera in sé, indipendentemente dalla natura dei suoi contenuti"

14. Per approfondimenti inerenti all'etica v. A. PALAZZO, Contributo alla ricostruzione della tutela del principio di vita, in PALAZZO, FERRANTI, Etica e diritto privato, vol. II, Padova, 2002, p. 2 ss. Inoltre v. la Comunicazione "Verso uno spazio europeo della ricerca", par. 7.2. I Problemi etici della scienza sono ovviamente trattati in altri documenti. Tra questi v. Libro Bianco "Crescita, competitività, occupazione", par. 5, dedicato alla società dell'informazione secondo cui Clonazione, impiego di tessuti embrionali a scopo terapeutico, banche dati contenenti informazioni personali e sviluppo di universi virtuali: i progressi della conoscenza e della tecnologia, in particolare nel campo delle scienze della vita, sollevano un sempre maggior numero di interrogativi di natura etica.

15. Parere del Comitato delle Regioni-Invecchiare bene nella società dell'informazione, in GUCE, 26 febbraio 2008/C 53/07.

16. Sul problema fondamentale delle asimmetrie negoziali nei contratti d'impresa ed in quelli del consumatore, v. F. SCAGLIONE, Correttezza economica e autonomia privata,

Perugia, 2007, p. 209 ss.

#### 17. Proposta di Progetto

Per la realizzazione di un Codice per la società dell'informazione costruito secondo standards di identificazione, classificazione e strutturazione degli atti normativi basati su linguaggio di marcatura XML a cura di Isabella D'ELIA e Manola CHERUBINI. (Presentata al Ministro per le innovazioni e tecnologie, Lucio Stanca nel luglio 2003) Rapporto tecnico n. 30/2003

#### OGGETTO E IDEE GUIDA DEL PROGETTO

Questo Progetto è finalizzato alla realizzazione di una banca di dati ipertestuale, fruibile su rete Internet, completa e costantemente aggiornata, di testi normativi vigenti, comunitari e nazionali, in materia di tecnologie dell'informazione e comunicazione.

Come ha sottolineato il Ministro per l'innovazione e le tecnologie nei suoi più recenti indirizzi (Linee guida del Governo per lo sviluppo della Società dell'Informazione nella legislatura, giugno 2002, par. 14, p. 100) la normativa italiana che disciplina le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione e il loro impiego sociale si è sviluppata finora in modo frammentario e disorganico. Oltretutto essa ha assunto, nel più recente periodo, un'estensione che risulta difficile dominare, tale è la molteplicità degli aspetti, nonché la portata e l'interdipendenza dei problemi che questo settore presenta: da quelli più strettamente giuridici -attinenti peraltro a quasi tutti i campi del diritto -a quelli economici, fiscali e tecnici.

Pur tuttavia, una sua compiuta e precisa conoscenza s'impone per motivi di per sé evidenti, operativi e culturali al tempo stesso, ampiamente richiamati nell'ambito del processo comunitario e nazionale di costruzione della società dell'informazione.

Il Progetto intende, quindi, realizzare in questo settore specifico uno strumento che metta in grado gli utenti (operatori professionali, pubblici e privati, nonché singoli cittadini) di dominare la complessità di detta materia, attraverso una forma più nuova di documentazione, non solo accessibile a tutti ma particolarmente adatta a favorire una visione unitaria e sistematica della normativa in materia, la sua semplificazione e la sua più razionale interpretazione, in un quadro maggiormente definito dei principi, dei modelli e delle politiche da perseguire nel settore. Esso mira, pertanto, a facilitare l'adozione di un Codice che secondo gli indirizzi del governo intervenga ad organizzare la normativa su questa ampia tematica in modo coerente, chiaro e semplificato (cfr. Linee guida cit., ibidem). Il valore aggiunto di tale banca dati rispetto ad altri repertori normativi attualmente presenti sul mercato sarà rappresentato dall'adozione del linguaggio di marcatura XML (eXtensible Markup Language) e del sistema di localizzazione delle risorse in rete secondo gli standards definiti nelle circolari AIPA 6 novembre 2001, n.

35 e AIPA 22 aprile 2002, n. 40. E per ciò stesso il Progetto rappresenterà un ottimo banco di prova per l'applicazione e gli ulteriori sviluppi degli standards sopra citati, sviluppati per il progetto NIR "Accesso alle Norme in Rete".

#### LA CONFORMITÀ DEL PROGETTO AGLI INDIRIZZI GOVERNATIVI PER LO SVILUPPO DELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE

Il Progetto è stato elaborato conformemente ai più recenti indirizzi governativi in materia di sviluppo della società dell'informazione. In particolare:

-il Progetto ben si conforma agli "indirizzi prioritari" per lo sviluppo dell'innovazione e dell'utilizzo delle tecnologie nelle Amministrazioni dello Stato indicati dal Ministro Stanca nella direttiva 21 dicembre 2001 (Linee Guida in materia di digitalizzazione dell'amministrazione), specie avuto riguardo alla ivi prevista revisione dei siti Internet delle varie amministrazioni "per renderli più vicini ai cittadini ed in grado di offrire notizie anche di attualità ed in tempo reale, riguardanti l'amministrazione" medesima (cfr § 3.1 delle Linee guida cit., pp. 6-7). Inoltre, la fruibilità di una banca dati normativa in materia di ICT sul sito del Dipartimento della Presidenza del Consiglio che istituzionalmente è delegato ad occuparsi di tale materia, soddisferebbe l'imprescindibile obiettivo della trasparenza amministrativa ("l'unica concretamente visibile al cittadino e all'impresa"), come chiesto dal T.U. n. 445/2000, espressamente richiamato nelle Linee guida succitate (cfr. § 3.1 delle Linee guida cit., p. 5);

- il Progetto si conforma, altresì, alle direttrici strategiche poste dal Ministro Stanca nelle Linee guida del Governo per lo sviluppo della Società dell'Informazione nella legislatura, approvate nello scorso giugno. In esse si afferma che "un sistema di eGovernment nei suoi sviluppi più avanzati rappresenterà anche un potente strumento di coinvolgimento e partecipazione dei cittadini ai processi decisionali, evolvendo verso modelli innovativi di eDemocracy" (cfr. § 3.2.1 delle Linee guida cit., p. 20). Un tale cammino – ivi si afferma – non può essere fatto che agendo in modo coordinato su tutte le componenti: da quelle normative a quelle organizzative e a quelle umane. Tra gli interventi previsti, orientati a creare i prerequisiti per l'affermarsi della società dell'informazione, vi è anche quello sulle norme. Ed è nella prospettiva di tale evoluzione che il presente Progetto può porsi come un primo approccio significativo;

- in particolare, la reperibilità on line delle disposizioni normative relative alla disciplina della società dell'informazione, organizzate come da Progetto, costituirebbe lo strumento ideale per lo studio e la successiva predisposizione degli schemi di decreti delegati per il "riassetto delle disposizioni in materia di informatizzazione" di cui all'art.10 del disegno di legge di semplificazione per il 2001 (AC 2574, Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge

---

di semplificazione 2001), già licenziato dal Senato ed attualmente all'esame della Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati; e renderebbe così più agevole la realizzazione di quel "Codice per la società dell'informazione" che il Ministro Stanca intende adottare;

- acquisito che "il miglioramento del livello di servizio della Pubblica Amministrazione nei confronti dei cittadini e delle imprese, attraverso l'uso delle nuove tecnologie, è un obiettivo primario del Governo, anche come catalizzatore di cambiamenti di più ampia portata" (cfr. § IV.2.7. del Documento di Programmazione Economico-Finanziaria per gli anni 2003-2006, p. 94 ss.), il Progetto in esame rappresenta un valido punto di partenza per l'elaborazione successiva di quei "progetti di grande contenuto innovativo, di rilevanza strategica, di preminente interesse nazionale, di carattere intersettoriale" (cfr. doc. cit. p. 95) che l'Esecutivo si propone di avviare nel prossimo triennio, costituendo a tal fine un apposito fondo;

-in analogia con i punti precedenti il Progetto ben si conforma alle scelte di politica scientifica e tecnologica del Governo. Esso attiene infatti ad una delle aree indicate come "prioritarie" nelle Linee Guida per la Politica Scientifica e Tecnologica del Governo (approvate dal CIPE nel maggio 2002), quella relativa a "informatica e telecomunicazione", ed assomma in sé molti dei requisiti richiesti nel documento citato: l'"impatto sociale - in termini di bisogni e aspettative dei cittadini", il "posizionamento competitivo del sistema nazionale nelle sue componenti imprese e operatori tecnico scientifici" e le "ricadute degli investimenti in ricerca e sviluppo sotto forma di prodotto, processi e servizi ad elevata intensità tecnologica" (cfr. § 3.2 delle Linee Guida cit., p. 14). Risulta evidente, inoltre, la finalità del Progetto di inserirsi nel più ampio quadro di accelerazione dei "processi di diffusione delle tecnologie abilitanti già disponibili" e di creazione di "contesti innovativi per lo sviluppo di nuove tecnologie strategiche e multisettoriali" (cfr. § 3.2 delle Linee Guida cit., p. 15).

#### L'ISTITUTO PROPONENTE

Nel particolare settore che s'intende fare oggetto di ricerca l'Istituto proponente svolge un ruolo riconosciuto dalla comunità scientifica nazionale e internazionale, molte volte convenuta in congressi specialistici organizzati dallo stesso Istituto. ( nota 1. Tra i convegni più recenti e pertinenti al tema del presente progetto, si cita qui il convegno sul tema "Diritto, documentazione e Pubblica Amministrazione nella società dell'informazione", svoltosi a Firenze nel dicembre 1999). L'Istituto cura e coordina da oltre trent'anni progetti di ricerca nel campo della documentazione giuridica, sia in campo nazionale (nota 2. E' il caso dell'archivio DOGI, distribuito -oltre che sul server Web dell'Istituto -attraverso i sistemi della Corte di Cassazione e della Camera

dei deputati), sia in campo internazionale (nota 3 Principalmente la Bibliografia internazionale in tema di "Informatica e diritto", già pubblicata a stampa presso la casa editrice Kluwer, di Amsterdam, ora diffusa su CD-Rom dalla ESI di Napoli); cura da circa trent'anni progetti di ricerca finanziati dal CNR in materia di "informatica e pubblica amministrazione" e di diritto dell'informatica; è socio dell'Istituto internazionale di scienza dell'Amministrazione (IISA), con sede in Bruxelles. L'Istituto presenta, quindi, in tale contesto specifici punti di forza. L'attuale Progetto si fonda in particolare sull'esperienza maturata dall'ITTIG nell'ambito di due precedenti progetti di ricerca:

1. la realizzazione di un "Repertorio sistematico della normativa statale ed europea in materia di tecnologie dell'informazione e comunicazione", con testo integrale e note di coordinamento, pubblicato su CD-Rom e gestito con software di ricerca Folio Views vers. 4.2. (Esi, Napoli, I ediz. 1998; II ediz. 2001) (nota 4. La base dati, dunque, da cui potrà partire il Progetto, sarà costituita dall'attuale "Repertorio sistematico ..." sopra menzionato, che costituisce una forma nuova e tecnicamente avanzata di documentazione giuridico tecnica. Esso raccoglie, in una base di dati integrata e omogenea (cosiddetto infobase), un complesso insieme documentario: i testi di 2173 atti (1910 di normativa statale, sia primaria che secondaria, 263 di normativa europea); un archivio di "schede", in cui gli atti normativi sono stati classificati per argomento e indicizzati mediante descrittori; lo schema di classificazione, articolato in 44 classi; i 1211 descrittori individuati, organizzati in un apposito thesaurus; e i numerosi collegamenti ipertestuali tra le diverse parti dell'opera.

La documentazione del diritto europeo è articolata in dieci classi e testimonia la crescente sistematicità dell'intervento comunitario in materia, finalizzato, oltretutto a dettare una specifica disciplina per le tecnologie informatiche e le telecomunicazioni, a farne uno strumento di coesione economica e sociale.

La documentazione del diritto italiano è articolata in 2 parti: la prima riguarda lo sviluppo della società dell'informazione e i problemi giuridici in essa emergenti (trattamento dei dati personali e tutela della riservatezza; criminalità informatica; atti e documenti elettronici; commercio elettronico; diritto d'autore; media e telecomunicazioni; ecc ...); la seconda concerne, più in particolare, l'organizzazione e lo sviluppo delle nuove tecnologie nella Pubblica Amministrazione, considerata sia in generale, con riguardo ai problemi della sua riforma e modernizzazione che nei suoi singoli settori funzionali).

2. la collaborazione dal maggio 1999 al progetto "Norme in Rete", promosso dal Ministero della Giustizia, finanziato e coordinato dall'AIPA, nell'ambito della quale sono stati affidati all'ITTIG lo studio di fattibilità e la cooperazione per l'implementazione del

---

prototipo operativo all'URL: <http://www.normeinrete.it>. I risultati di questa ricerca sono stati pubblicati nei due volumi «Studio di fattibilità per la realizzazione del progetto "Accesso alle norme in rete"» e «Progetto NIR – Fase 2 "Accesso alle norme in rete"», rispettivamente in «Informatica e diritto», 1/2000 e 1/2001 (nota 5. "Norme in rete" è stato impostato nel 1999 come "progetto intersettoriale" da parte dell'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione. Nel novembre 1999 una risoluzione della Camera dei deputati ha sollecitato il Governo a dare priorità alle iniziative in grado di consentire la consultazione gratuita da parte dei cittadini dei testi normativi attraverso Internet, facendo esplicito riferimento al progetto. Nel giugno 2000 l'AIPA ha costituito un Comitato tecnico interistituzionale con compiti di indirizzo e di supervisione, in cui sono rappresentati il Senato della Repubblica, la Camera dei deputati, il Ministero della giustizia, la Corte di cassazione e la stessa Autorità.

Il progetto NIR si sviluppa costruendo incrementalmente un portale dotato di funzionalità di ricerca operanti sui documenti normativi accessibili sui siti Web delle istituzioni pubbliche che danno la loro adesione al progetto stesso, attuando modalità di integrazione non intrusive dei diversi sistemi informatici delle istituzioni partecipanti.

Il progetto NIR si propone di realizzare un sistema informatico che, basandosi sulle tecnologie attualmente disponibili, sia in grado di moltiplicare i benefici che ciascuna Pubblica Amministrazione tende a perseguire in termini di trasparenza ed accessibilità dell'informazione attraverso la pubblicazione sul Web della documentazione di interesse normativo. In contrapposizione alle architetture centralizzate che sono state finora adottate nella realizzazione di basi documentali giuridiche, questo progetto tenta di riprodurre nell'architettura del sistema informatico la realtà costituita da numerosi organismi che generano provvedimenti di tipo normativo o regolamentare, e che con il mutare degli assetti istituzionali sono oggi numerosi. L'efficacia che sarà possibile raggiungere in termini di ricchezza di funzionalità dipenderà, oltre che dalla qualità nella realizzazione del software specifico e nella scelta dei prodotti, dall'adesione degli "editori telematici" agli standards di strutturazione e di marcatura che renderanno possibile sfruttare la struttura e la meta-informazione associabili ai documenti. Inoltre, se verranno condivise le proposte di adozione di URN (Uniform Resource Name), che consentono di identificare ciascun documento attraverso un nome univoco, dipendente dalla natura e dagli identificativi propri di ciascun documento e del tutto indipendente dalla sua locazione fisica sulla rete, questo consentirà di "navigare" agevolmente tra i richiami esistenti tra i documenti, senza richiedere interventi manuali per attivare i links. Tali proposte si basano sull'adozione di standards emergenti, destinati a diffondersi nella comunità Internet, che non comportano per le Amministrazioni scelte tecnologiche

in alcun modo limitative.).

#### L'ARTICOLAZIONE DELL'INTERVENTO E GLI OBIETTIVI DA PERSEGUIRE

Sulla base delle pregresse esperienze dell'Istituto, il Progetto si articolerà in estrema sintesi secondo i seguenti dettagliati obiettivi:

1. raccolta, analisi, selezione e acquisizione del materiale normativo in formato digitale;
2. marcatura in linguaggio XML del materiale selezionato e dei riferimenti normativi attivi e passivi (interni ed esterni);
3. inserimento delle metainformazioni di base (a livello di atto normativo), rappresentative sia degli aspetti formali dell'atto (natura e tipo di provvedimento, autorità emittente, estremi di pubblicazione e promulgazione, ecc.) che di contenuto (classificazione più puntuale della materia trattata, descrittori o parole chiave, ecc.); costruzione e associazione delle URN (per gli atti inseriti e per quelli citati nel Codice) nel "Catalogo delle norme" (a livello di articolo);
4. inserimento nei testi normativi delle metainformazioni analitiche (a livello di comma, lettera e numero). Tali descrittori si concentrano sull'aspetto funzionale della disposizione (obbligo, permesso, destinatario, ecc.), arricchendo il documento di una serie di informazioni semantiche formalizzate, ma anche elaborabili per la formulazione di conseguenze e deduzioni. Tale obiettivo potrà essere ridimensionato in rapporto all'effettivo finanziamento.
5. messa in linea della raccolta presso i server WEB del Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dell'ITTIG del CNR, previa valutazione dei software utilizzabile per i relativi motori di ricerca. Il raggiungimento degli obiettivi sopra descritti permetterà di ottenere una base documentale, accessibile in rete, ricca e completa relativamente allo specifico settore giuridico prescelto, che si avvale di funzionalità avanzate per la consultazione e la ricerca della normativa. Infatti, la rappresentazione formale e funzionale dei documenti giuridici, grazie alla strutturazione in linguaggio XML, l'associazione della metainformazione e la costruzione di una rete di collegamenti fra gli atti tramite links ipertestuali consentono una maggior ricchezza delle possibilità d'interrogazione e una maggior precisione nella ricerca (attivazione dei riferimenti fra gli atti, estrazione puntuale alla parte di testo referenziato, ecc.). La base documentale così strutturata permette poi di ricostruire il testo aggiornato o c.d. "multivigente", cioè vigente a particolari date (attraverso l'attivazione dei riferimenti attivi e passivi per ciascuna componente elementare del testo, versioni successive dell'atto, costruzione del testo aggiornato a seguito di modificazioni, ecc.).

## LE RICADUTE APPLICATIVE DEL PROGETTO

Come emerge da quanto premesso varie e rilevanti sono le possibili ricadute applicative del Progetto.

- Esso favorirà la migliore conoscenza del quadro normativo in materia, con indubbia utilità per le PP.AA., le imprese e i cittadini. Infatti, sia i compiti che i poteri pubblici devono o svolgere in quest'ambito sociale (innovazione normativa, promozione e realizzazione di progetti in aree applicative prioritarie, standardizzazione tecnologica, riorganizzazione amministrativa, normalizzazione documentaria e procedimentale), sia il ruolo fondamentale che gli operatori privati rivestono nella realizzazione delle infrastrutture e dei servizi di telecomunicazione, richiedono un'ampia documentazione tecnico-scientifica e una specifica cognizione delle fonti normative. D'altra parte, l'emergere, con la società detta dell'informazione, di nuovi diritti fondamentali della personalità e della proprietà, della partecipazione e della comunicazione sociale, rende necessario in via pregiudiziale estendere le conoscenze generali e le informazioni professionali sui vari aspetti della materia.

- Grazie a questa migliore conoscenza della normativa di settore sarà possibile superare la frammentarietà e disorganicità dell'attuale quadro normativo. In particolare, la realizzazione di una base documentale così strutturata -agile, aggiornata e completa, consultabile anche per via telematica – permetterà un'opera più agevole di sistematizzazione, modifica e semplificazione della normativa di settore, e pertanto l'adozione del progettato "Codice per la società dell'informazione" .

- La realizzazione del Progetto costituirà un modello per il futuro legislatore, essendo attualmente presumibile che i nuovi atti normativi saranno prodotti in formato XML in numero crescente, pari alla diffusione e penetrazione dei nuovi standards ai vari livelli, posto che questo costituirà formato d'interscambio dei dati fra le varie istituzioni e su cui verranno sviluppati servizi centralizzati o di interoperatività.

Firenze, luglio 2002 .

18. Così Presidenza del Consiglio Europeo svoltosi a Lisbona il 23 e 24 marzo del 2000.

19. R. CIPPITANI, L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria), in T. Sediari (a cura di), Cultura dell'integrazione europea, Torino, 2005, p. 81 ss.

20. Vedi sul punto D. LYON, La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana, Milano, 2002, p. 1 dove l'autore dice che "le società che per le loro procedure amministrative e di controllo dipendono dalle tecnologie della comunicazione e dell'informazione sono società sorvegliate. Gli effetti di ciò sono percepibili nella vita quotidiana, la quale è strettamente monitorata come mai prima era successo nella

storia”.

21. D. LYON *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997.

22. S. RODOTÀ, *Privacy/Il rapporto annuale del Garante*, Rodotà: dietro l'angolo la società della sorveglianza in [www.rassegna.it/2003/attualità/articoli/privacy.htm](http://www.rassegna.it/2003/attualità/articoli/privacy.htm).

23. A. SASSI, voce *Los intereses patrimonialmente neutros* in *Diccionario Histórico Judicial de México*, Suprema Corte de Justicia del México, Città del Messico, 2009, in corso di pubblicazione.

24. Le azioni inibitorie invece, com'è noto, sono volte ad impedire eventi lesivi, ma non apprestano rimedi esperibili nei casi di danni già verificatisi.

25. Per approfondimenti sui contratti a prestazione medica v. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 93 ss. Recentissimo, A. SASSI, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica* in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 377 ss.

26. Per approfondimenti in materia di telemedicina v. A. PERNICE, *La telematica applicata al settore della sanità*, in *Telemed.*, 7/8, p. 6, 1997.

27. Ad es. per J.N. VAN GOOR, J.P. CHRISTENNSSEN (1992), la telemedicina consiste in un insieme di attività quali «l'esame, l'osservazione del paziente e la formazione degli operatori sanitari utilizzando le tecnologie della telecomunicazione in modo tale che la consulenza specialistica e le informazioni relative al paziente possano essere accessibili nella sede opportuna indipendentemente dalla locazione del paziente e dei suoi dati»: v. <http://unifihealth.blogspot.com/2006/01/definizione-deltermine-telemedicina.html>.

Secondo J. REID, *A telemedicine primer, understanding the issues*, 1996 secondo cui la telemedicina è «l'uso di avanzate tecnologie della telecomunicazione per lo scambio di informazioni sanitarie e per fornire servizi sanitari indipendentemente da barriere fisiche geografiche, sociali e culturali».

Ed ancora secondo la Joint Working Group on Telemedicine Inventory, federazione Americana che si occupa dell'impiego di strumenti tecnologici per scopi medici, la telemedicina «non si tratta di una specifica tecnologia, ma di un insieme di servizi sanitari a distanza che usufruiscono delle telecomunicazioni e dell'informatica medica».

28. D.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale*, in G.U., n. 112 del 16 maggio 2005 supplemento ordinario n. 93 dove all'art. 20 viene riportata la definizione di documento informatico: «il documento informatico da chiunque formato, la registrazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge, se conformi alle disposizioni del presente

---

codice e delle regole tecniche di cui all'art. 71. Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o firma digitale soddisfa il requisito legale della forma scritta se formato nel rispetto delle regole tecniche, stabilite ai sensi dell'art. 71, che garantiscano l'identificabilità dell'autore e l'integrità del documento. Le regole tecniche per la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione temporale dei documenti informatici sono stabilite ai sensi dell'art. 71; la data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili a terzi se apposte in conformità alle regole tecniche sulla validazione temporale. Con le medesime regole sono definite le misure tecniche, organizzative e gestionali volte a garantire l'integrità, la disponibilità e la riservatezza delle informazioni contenute nel documento informatico. Restano ferme le disposizioni di legge in materia di protezione dei dati personali».

29. In GUCE L. 190/37 del 18 luglio 2008.

30. P.G. MONATERI, La responsabilità civile, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 278. L'autore sostiene che: «Nelle ipotesi di lesioni di interessi non patrimoniali, la lesione stessa è già di per sé dannosa per la vittima, anche se al danno per sé della lesione possono ben aggiungersi altri danni materiali, pecuniari, ecc. Peraltro in queste ipotesi il risarcimento non può indirizzarsi al ristoro del prezzo dei beni lesi, poiché tali beni non hanno prezzo, e spetta quindi al giudizio eminentemente equitativo del giudice tradurre in un segnale monetario di disvalore sociale la repressione comminata dall'ordinamento per la condotta riprovevole del convenuto».

31. Per delucidazioni riguardo al consenso informato v. A. SASSI, Equità e interessi fondamentali nel diritto privato, cit., spec. p. 93 ss.; ID., La tutela civile nei contratti con prestazione medica in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, Permanenze dell'interpretazione civile, cit., p. 377 ss. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in Fam. e dir., 2007, 12, p. 1162. Recentissimo G. FACCI, L'osservatorio delle Corti Superiori, in La resp. civ., 5, 2008, p. 462 ss.

32. L'art. 26 Codice privacy (Garanzie per i dati sensibili) prevede che «1. I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal presente codice, nonché dalla legge e dai regolamenti. 2. Il Garante comunica la decisione adottata sulla richiesta di autorizzazione entro quarantacinque giorni, decorsi i quali la mancata pronuncia equivale a rigetto. Con il provvedimento di autorizzazione, ovvero successivamente, anche sulla base di eventuali verifiche, il Garante può prescrivere misure e accorgimenti a garanzia dell'interessato, che il titolare del trattamento è tenuto ad adottare. 3. Il comma 1 non si applica al trattamento: a)

dei dati relativi agli aderenti alle confessioni religiose e ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, effettuato dai relativi organi, ovvero da enti civilmente riconosciuti, sempre che i dati non siano diffusi o comunicati fuori dalle medesime confessioni. Queste ultime determinano idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati, nel rispetto dei principi indicati al riguardo con autorizzazione del Garante; b) dei dati riguardanti l'adesione di associazioni od organizzazioni a carattere sindacale o di categoria ad altre associazioni, organizzazioni o confederazioni a carattere sindacale o di categoria. 4. I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento anche senza consenso, previa autorizzazione del Garante: a) quando il trattamento è effettuato da associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, a carattere politico, filosofico, religioso o sindacale, ivi compresi partiti e movimenti politici, per il perseguimento di scopi determinati e legittimi individuati dall'atto costitutivo, dallo statuto o dal contratto collettivo, relativamente ai dati personali degli aderenti o dei soggetti che in relazione a tali finalità hanno contatti regolari con l'associazione, ente od organismo determini idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati, prevedendo espressamente le modalità di utilizzo dei dati con determinazione resa nota agli interessati all'atto dell'informativa ai sensi dell'art. 13; b) quando il trattamento è necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo. Se la medesima finalità riguarda l'interessato e quest'ultimo non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere e di volere, il consenso è manifestato da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato. Si applica la disposizione di cui all'articolo 82, comma 2; c) quando il trattamento è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla l. 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento. Se i dati sono idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, il diritto deve essere di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile; d) quando è necessario per adempiere a specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro, anche in materia di igiene e sicurezza del lavoro e della popolazione e di previdenza e assistenza, nei limiti previsti dall'autorizzazione e ferme restando le norme delle disposizioni del codice di deontologia e di buona condotta di cui all'art. 111. 5. I dati

---

idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi».

33. G. CANGELOSI, I servizi pubblici e sanitari: prospettive e problematiche della telemedicina, in *Diritto di famiglia e delle persone*, p. 465 ss, I, 2007. L'autrice definisce uno Standard come «un insieme di norme fissate allo scopo di ottenere l'unificazione delle caratteristiche di una determinata prestazione o processo tecnologico, da chiunque o comunque prodotto» facendo espresso riferimento al CEN e al HEALTH Level 7.

34. V. retro § 5.

35. Sul concetto di dignità v. anche C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. I, Milano, 2007, p. 194 ss.

36. Testualmente l'art. 1 Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E. recita: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

37. Art. 8 Cedu «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

38. Così paragrafo 25 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona; nello stesso senso v. Libro bianco «Insegnare e apprendere. Verso la società cognitiva».

39. Riguardo alla solidarietà sociale una delle massime espressioni si è avuta nel 1991 con la legge quadro sul volontariato (L. 266/91) nella quale si asserisce il «valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo» (art. 1).

40. Per delucidazioni riguardo la tutela e curatela v. G. CAMPESE, *Il giudice tutelare e la protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2008, p. 407 ss.

41. Per approfondimenti in merito al trust A. PALAZZO, *Autonomia privata e trust protettivi*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, p. 192; A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 207 ss. M.R. SPALLAROSSA, *Trust e Soggetti deboli*, in M. Dogliotti e A. Braun, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, 2003, p. 143; M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, 2004; ID., *Trust*, 2° ed., Milano, 2001; P. AMENTA, *Trust a protezione di disabile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000; S. BUTTA, *Introduzione ai trust e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza*, Milano, 2002; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, fasc. 3, pt. 1, p. 1323 ss; F. SCAGLIONE, *Compatibilità del trust con il sistema italiano*, in *Trust*

e attività fiduciarie, 2005, p. 544 ss; G. GARRONE, *Soggetti deboli in famiglia e trust quale tutela etica in Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 2, p. 310 ss.

42. L'istituto dell'amministratore di sostegno, introdotto con legge 9 gennaio 2004, n. 6 intitolata «Introduzione nel primo libro, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali» si compone di 20 articoli divisi in tre capi. Nel primo capo, costituito da un unico articolo, è delineata la finalità della legge: «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente»; nel secondo vi sono tutte le modifiche apportate al titolo XII del primo libro del codice civile e riguardanti gli artt. 2-11; infine il terzo capo rubricato «Norme di attuazione, di coordinamento e finali» artt. 12-20 inerenti, per l'appunto, le modifiche delle disposizioni per l'attuazione del codice civile, del codice di procedura civile; fatta eccezione per l'articolo conclusivo riguardante la *vacatio legis* «La presente legge entra in vigore dopo sessanta giorni dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale».

In Italia la legge sull'amministrazione di sostegno ha esitato ad arrivare rispetto agli altri paesi europei. Basti pensare che nella realtà francese già trentasei anni prima, nel 1968, si era compiuta quella definita da alcuni (Stanzione) «rivoluzione epocale». La legge 3 gennaio 1968, n. 68-5 «*Du droit des incapables majeurs*» aveva operato modifiche sostanziali al code civil (titolo XI, libro I). Con la riforma Carbonnier (legge 68-5) nel sistema francese vediamo il sussistere di tre regimi di protezione: la tutela, la curatela e la *sauvegarde de justice* corrispondente al sostegno legale. Per quanto concerne il primo istituto il soggetto beneficiario non ha la capacità d'agire nel compimento degli atti della vita civile, ma sarà supportato dalla figura del tutore. Nel secondo caso (curatela) si fa riferimento a quei soggetti maggiorenni che necessitano di controllo negli atti della vita civile. Infine, come terzo istituto introdotto dalla riforma abbiamo la *sauvegarde de justice* ossia l'istituto del sostegno legale. Questo, secondo parte della dottrina (E.V. NAPOLI, *Il sistema francese dell'incapacità d'agire quale modello per una riforma in Italia*, in *Famiglia, Quaderni La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S. Patti, Milano, 2002, p. 89 ss. «Risponde ad esigenze derivanti da alterazione mentale di breve durata, anche prevedibile, da brevi cure che eliminino la volontà del paziente, come uno stato comatoso.

L'istituto può anche essere utilizzato dal giudice tutelare dopo l'inizio di un procedimento per la sottoposizione a tutela o curatela, ove occorranza provvedimenti urgenti protettivi».

---

Per ottenere il sostegno legale sono necessarie due fasi: la prima è quella della certificazione da parte di un medico, questa può essere obbligatoria o facoltativa; la seconda riguarda la registrazione presso la procura della Repubblica.

Per un inquadramento comparativo della materia: G. AUTORINO STANZIONE, *Le amministrazioni di sostegno nelle esperienze europee*, in *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, p. 81 ss.

43. Per una visione in merito alla situazione in Germania K.A. VON SACHSEN GESSAPHE, *La legge tedesca sull'assistenza giuridica e la programmata riforma della legge italiana in materia di interdizione e inabilitazione*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Quaderni Familia, a cura di S. Patti, Milano, 2002, p. 65 ss. In data 1° gennaio 1992 è entrata in vigore la legge sull'assistenza (*Betreuungsgesetz*) la quale ha portato trasformazioni al codice civile tedesco riguardo alla protezione dei soggetti deboli adulti, proprio con l'abrogazione dell'interdizione, della tutela e curatela. Il legislatore tedesco introducendo la *Betreuung* ha offerto sostegno a tutti quei soggetti affetti da menomazioni mentali, infermità fisiche, psicologiche che non potevano occuparsi dei propri interessi. Secondo il disposto del §1896 BGB il requisito per accedere a tale istituto è l'incapacità del beneficiario di non riuscire a provvedere ai propri interessi. In questa norma emergono due principi: quello di sussidiarietà e quello di necessità. Secondo l'autore, il principio di necessità si esplica «sull'accurata limitazione della *Betreuung* nell'ambito entro il quale ve ne sia effettivamente bisogno». Sempre nel § 1896, 2° comma rinveniamo un altro principio quello di sussidiarietà, secondo il quale troverà applicazione la *Betreuung* solo nel caso in cui non è applicabile la *Vorsorgevollmacht* (mandato preventivo). Perciò secondo il principio di sussidiarietà bisogna lasciare libero il soggetto al compimento di quei atti di cui risulta in grado. Plurimi i contributi apportati dalla dottrina v. I. TRICOMI, *Così uno strumento giuridico flessibile introduce una graduazione nelle misure*, in *Guida al diritto*, n. 5, 2004, p. 26 ss; in tal senso v. anche P. CENDON, *Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma del codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 117 ss. Per comprendere più nello specifico la legge n. 6/2004 è necessario ripercorrere in chiave storica gli eventi fondamentali. Tutto è iniziato a partire dagli anni '80 durante il Convegno tenutosi nel giugno dell'86 (dal 12 al 14) a Trieste dal titolo «Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione». Durante il Convegno un gruppo di ricercatori guidati dal Professor Cendon avevano un progetto piuttosto ambizioso che prevedeva l'introduzione di una nuova figura: l'amministratore di sostegno. Proprio in quella sede aspre critiche furono mosse nei

confronti dei due istituti codicistici: l'interdizione era vista come misura eccessiva e causa di annullamento dei diritti della persona; l'inabilitazione come strumento non risolutivo ed inefficace per la risoluzione di atti che il beneficiario non può compiere. Scopo precipuo della riforma era la rivisitazione della disciplina del sofferente psichico: offrirle assistenza nei momenti di bisogno, di sua inettitudine comprimendogli però il meno possibile i suoi diritti. La bozza Cendon oltre all'istituzione dell'amministratore di sostegno prevedeva una riformulazione degli atti posti in essere da persona incapace di intendere e di volere in modo tale da non risultare necessaria la malafede per impugnare il contratto.

Sempre per una ricostruzione storica G. VISINTINI, *Incapacità di intendere o di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole*, in *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, p. 11 ss. Oltre il Convegno triestino vi sono stati altri eventi rilevanti che meritano menzione. Uno di questi è la legge del 1978, n. 180 nota anche come legge Basaglia. La legge Basaglia «Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori» abolì i manicomi, istituendo servizi di igiene mentale per curare ambulatorialmente i malati di mente, facendogli così godere l'atmosfera familiare. Detta legge è poi successivamente confluita nella legge 23 dicembre 1978, n. 833.

Dopo la bozza Cendon, in Parlamento si sono avute diverse proposte di legge in materia di amministrazione di sostegno. Non possiamo non ricordare il disegno 23 aprile 1993, n. 2573 c.d. Bompiani, «Istituzione dell'amministratore di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi». Un altro disegno di legge che merita essere menzionato risale al 21 giugno 1994, n. 448 c.d. Perlingieri. Ancora possiamo annoverare il disegno 10 agosto 1994, n. 776 c.d. Guidi; il disegno del 16 maggio, n. 960 «Norme per la tutela della persona fisicamente o psichicamente non autosufficienti e per l'istituzione dell'amministratore di sostegno a favore delle persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi» c.d. Giacco. Quest'ultimo insieme alla proposta Turco del 24 luglio 1997, n. 4040 è confluito nel 1998 nel testo Maggi dal titolo «Disposizioni in materia di funzioni del giudice tutelare e dell'amministrazione di sostegno». A conclusione di questo lungo e tortuoso cammino è stata approvata la legge sull'amministratore di sostegno il 15 ottobre 2003 alla Camera e il 22 dicembre 2003 al Senato, per essere pubblicata poi il 9 gennaio 2004 nella G.U. Vedi ancora G. CAMPESE, *Il giudice tutelare e la protezione dei soggetti deboli*, cit, p. 407 ss. E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2004; F. RUSCELLO, *L'apertura dell'amministrazione di sostegno. I presupposti sostanziali*, in *Famiglia*, 2004, p. 719 ss; F. TOMMASEO, *Ancora sulla difesa tecnica nell'amministrazione di sostegno*, in

Fam. e dir., n. 2, 2005, p. 182 ss; F. TRIPODI, L'amministrazione di sostegno in un caso particolare: un modello flessibile di tutela dei bisogni dell'incapace, in *Giur. merito*, p. 564 ss; F. RUSCELLO, «Amministrazione di sostegno» e tutela dei «disabili». Impressioni estemporanee su una recente legge, in *Studium iuris*, 2004, p. 149 ss.

Numerosi sono anche i contributi apportati dalla giurisprudenza Trib. Genova, 17 giugno 2009, in *Trust*, 2009, 5, p. 531; Trib. Catanzaro, 9 aprile 2009, in *Notariato*, 2009, 4, p. 364; Trib. Bologna, 1 agosto 2005, n. 1996, e Trib. Bologna, 1 agosto 2005, n. 2016, in *Fam e dir.*, 2006, p. 51 ss. con nota di M.N. BUGETTI, Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione.

44. Secondo l'OMS la «menomazione» «consiste nella perdita o anomalia a carico di una struttura o di una funzione psico-logica, fisiologica o anatomica».

45. L'«handicap» è definita dall'OMS come «la condizione di svantaggio conseguente a una menomazione o a una disabilità, che in un certo soggetto limita o impedisce l'adempimento del ruolo normale per tale soggetto in relazione all'età, al sesso e ai fattori socio-culturali».

46. Cfr. considerando n. 26 «Le differenze tra uno Stato membro e l'altro nell'applicazione delle disposizioni in materia di disabilità del quadro normativo per le comunicazioni elettroniche complicano l'accesso dei disabili ai servizi di telecomunicazione e frammentano il mercato europeo delle tecnologie, ma al tempo stesso sottolinea che le persone con disabilità non devono essere messe nella condizione di dipendere esclusivamente dai servizi elettronici; la priorità dev'essere quella di utilizzare la tecnologia per consentire l'accesso ai servizi attraverso molteplici canali».

47. Sul punto vedi [http://ec.europa.eu/information\\_society/tl/soccul/eincl/projects/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/information_society/tl/soccul/eincl/projects/index_it.htm).

48. [http://ec.europa.eu/information\\_society/tl/soccul/eincl/projects/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/information_society/tl/soccul/eincl/projects/index_it.htm), vedi inoltre P. BERTINI, *Accessibilità e tecnologie*, Milano, 2003, spec. p. 34 e 35.

49. V. [http://ec.europa.eu/information\\_society/tl/soccul/eincl/projects/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/information_society/tl/soccul/eincl/projects/index_it.htm).

50. Per approfondimenti P. BERTINI, *Accessibilità e tecnologie cit.*, pp. 37 e 38.

51. Tale disegno è stato presentato in data 15 ottobre 2003 su proposto del ministro Stanca.

52. Legge 9 gennaio, n. 4, in G.U. n. 13 del 17 gennaio 2004.

53. Così art. 1, l. 9 gennaio 2004, n. 4, testualmente: «1. La Repubblica riconosce e tutela il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici. 2. E' tutelato e garantito, in particolare, il diritto di accesso ai servizi informatici e telematici della pubblica amministrazione e ai servizi di pubblica utilità da parte delle persone disabili, in ottemperanza al principio di uguaglianza ai sensi

dell'articolo 3 della Costituzione».

54. G. AUTORINO STANZIONE, *Anziani e tutele giuridiche*, Napoli, 1991, spec. p.

55. Sul punto degno di nota è il considerando n. 5 del Parere del Comitato delle regioni – *Invecchiare bene nella società dell'informazione*, in Gazz. uff. unione europea 2008/C 53/07 in cui è dato leggere: «i divari dell'uso di Internet in Europa sono riconducibili in grande misura a differenze in termini di reddito, di competenze e di luogo di residenza, che non sono direttamente collegate all'età avanzata, ma caratterizzano in misura maggiore gli anziani. Accrescendo le possibilità di realizzare a livello locale misure di formazione, connessioni a banda larga e altri interventi pubblici volti a promuovere una società dell'informazione equa, si può migliorare anche la situazione degli anziani».

56. Parere del Comitato delle regioni – *Invecchiare bene nella società dell'informazione*, in Gazz. uff. unione europea 2008/C 53/07.

57. Cfr. considerando n. 25 Parere del Comitato delle regioni – *Invecchiare bene nella società dell'informazione*, cit.

58. Cfr. considerando n. 10 Parere del Comitato delle regioni – *Invecchiare bene nella società dell'informazione*, cit

59. G. CARCANI, *Cos'è il digital divide*, in [www.pluto.it/files/journal/pj0207/Digital\\_Divide.html](http://www.pluto.it/files/journal/pj0207/Digital_Divide.html). per ulteriori approfondimenti sul fenomeno M. BORMIDA, D. DOMENICI, *Software libero, Copyleft e digital divide*, in *Dir. d'autore e nuove tecnologie*, 2006, 2, p. 143 ss.

60. Così F. VESPASIANO, *La società della conoscenza come metafora dello sviluppo*, cit., p. 37.



# LA RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO NELL'ESPERIENZA EUROPEA

*Silvio Pietro Cerri*

## **SOMMARIO:**

1. La rinegoziazione nell'esperienza italiana. 2. *Segue*. Le fonti dell'obbligo rinegoziativo. 3. La rinegoziazione nel «Diritto privato europeo». 4. L'esempio del *common law*. Il *claim* nel *construction law*. 5. Il *claim* nella prassi contrattuale internazionale. 6. La *gradual convergence* tra *common law* e *civil law*.

## **ABSTRACT:**

Il presente contributo mira ad una disamina concernente l'applicabilità del rimedio rinegoziativo non solo ad ipotesi contrattuali tipiche, bensì in via generalizzata. Vengono passati in rassegna i possibili rimedi alle sopravvenienze contrattuali, con particolare attenzione ai contratti c.d. di durata, e viene dato conto di come: a) variazioni quantitative e qualitative risultino diversamente disciplinate, sia quanto alle condizioni di rilevanza della sopravvenienza, sia quanto alla tipologia del rimedio adottata; b) tra i sistemi di *civil law* – fortemente legati (come in particolare quello italiano) ad un concetto di rinegoziabilità quale prevedibile esclusivamente in ordine a fattispecie tipiche – risulti ragionevole l'anelito a modelli generalizzati di adattamento del contenuto contrattuale (propri, invece, della prassi internazionale degli affari, spesso caratterizzata da relazioni contrattuali di lunga durata); c) risultino nettamente distinte le finalità degli strumenti a salvaguardia del mero sinallagma genetico (tra cui il meccanismo della nullità parziale e la rettifica, di cui rispettivamente agli artt. 1419 e 1432 c.c.) e quelle della rinegoziazione contrattuale, volta a mantenere gli equilibri propri di un contratto equo. Lo studio volge, in seguito, ad una disamina concernente le possibili fonti dell'obbligo rinegoziativo, tra cui le clausole rinegoziative (fonte pattizia) e l'obbligo di buona fede (fonte legale): viene dato conto in proposito del tendenziale superamento, nell'ordinamento italiano, dell'impostazione volta a sostenere l'assoluta intangibilità dell'autonomia negoziale delle parti (il Lodo «Alpa» e l'apertura all'obbligo rinegoziativo ex art. 1375 c.c.). Viene in proposito affrontato, inoltre, il tema dell'obbligo legale rinegoziativo come disciplinato nel c.d. Diritto Privato Europeo (Principi Unidroit, Principles of the European Contract Law, Codice Europeo dei Contratti, etc.). A seguito di una breve rassegna concernente la disciplina della c.d. renegotiation – propria degli ordinamenti di *common law* – nonché della clausola di *claim* propria dei relational contracts, viene affrontata la questione dell'introducibilità, negli ordinamenti di *civil law*, di strumenti di gestione negoziale speculari alla clausola di *claim*. L'Autore affronta, infine, il tema dell'attuale tendenza all'assottigliamento dei confini tra tipologia contrattuale interna e contratto internazionale: sullo sfondo della c.d. *gradual convergence* tra gli ordinamenti di *civil law* e *common law* si dà conto in particolare del lento superamento, nell'ordinamento giuridico italiano, dei principi dogmatici e formalistici propri della teoria generale del contratto in tema di sopravvenienze turbative dell'originario equilibrio sinallagmatico.

---

1. *La rinegoziazione nell'esperienza italiana.* - Il ruolo dell'autonomia privata svolge da sempre, nell'impianto sistematico del legislatore, un ruolo d'integrazione degli strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico, decretando inevitabilmente sempre nuove esigenze di non trascurabile rilevanza, sia sotto il profilo giuridico che sociale. Portando l'attenzione, in particolare, alla disciplina prevista dal codice civile per il mantenimento dell'equilibrio negoziale in presenza di sopravvenienze contrattuali (di varia prevedibilità) è doveroso – nonché decisivo – il raffronto tra gli ordinamenti giuridici di *common law* e di *civil law*.

La dottrina, da alcuni anni, propende in misura sempre maggiore per un'impostazione particolarmente «garantista» verso gli interessi della parte svantaggiata dalle circostanze sopravvenute nel corso del rapporto contrattuale: in particolare, l'attenzione si è allontanata dai rimedi prettamente risolutivi per approdare a strumenti di rinegoziazione dell'impianto contrattuale, nonché all'estensione dei rimedi revisionistici sinora previsti (nell'ordinamento giuridico italiano) solo dalla disciplina di taluni contratti tipici<sup>1</sup>.

Partendo dalla dinamica propria dei contratti c.dd. di durata, in particolare, si è portati a sostenere come la disciplina speciale prevista dal legislatore per determinati tipi contrattuali (si pensi, ad esempio, al contratto di appalto, con particolare riferimento alla revisionabilità del prezzo per lavori ulteriori a quelli inizialmente previsti) non rappresenti un'eccezione ai principi generali (fra cui l'immodificabilità delle condizioni contrattuali: principio del *pacta sunt servanda*, clausola *rebus sic stantibus*), ma al contrario contribuisca alla realizzazione di un complesso impianto, costituito da vari strumenti previsti per la gestione del rischio proprio dell'esecuzione del contratto<sup>2</sup>.

In ambito di sopravvenienze contrattuali è necessario, anzitutto, formulare delle distinzioni. All'interno del sistema di previsione e disciplina delle sopravvenienze turbative dell'equilibrio contrattuale si può individuare una prima distinzione, concernente la rilevanza delle medesime: da una parte la differente «graduazione» dei rischi da distribuire in capo alle parti (an della rilevanza dell'evento

sopravvenuto); dall'altra la determinazione del tipo di tutela apprestata (quomodo)<sup>3</sup>.

Altra distinzione da effettuarsi ai fini della presente indagine soddisfa, invece, le esigenze di natura metodica rinvenibili in un approccio di natura comparatistica, che dimostra come e quanto il nostro ordinamento si profili notevolmente diverso da altri: vi sono, da una parte, sopravvenienze foriere di mera alterazione del valore di mercato delle prestazioni, il contenuto delle quali ultime rimane immutato; dall'altra vi sono circostanze incidenti, piuttosto, sul contenuto stesso della prestazione<sup>4</sup>. Le norme concernenti la rilevanza delle sopravvenienze perturbative, pertanto, sono schematizzabili in due emisferi: l'uno, concernente le sopravvenienze che incidono sul contratto quale «meccanismo di legittimazione di un mero scambio di valori (in quanto fonte di un peculiare assetto quantitativo del patrimonio)»; l'altro, afferente le alterazioni del contratto quale «modello organizzativo dell'attività (in quanto fonte di una peculiare conformazione qualitativa del patrimonio)»<sup>5</sup>. Variazioni quantitative e qualitative risultano diversamente disciplinate sotto il profilo sia delle condizioni di rilevanza della sopravvenienza, che del tipo di rimedio adottato. Ciò è dovuto all'azione da parte di diversi gruppi di norme<sup>6</sup>: quanto, ad esempio, alle «condizioni di rilevanza», l'ordinamento disciplina le variazioni quantitative (diversamente da quanto accade per le qualitative) solo se superiori ad una certa soglia, nonché promananti da eventi straordinari e imprevedibili.

Quanto, poi, alle tecniche volte ad «enucleare» una certa rilevanza nelle sopravvenienze, si pensi a come il legislatore, in caso di variazione «qualitativa», miri alla costante unione concettuale dei due rimedi della revisione e dello scioglimento del contratto, e a come, al contrario, la revisione non sia mai prevista per la parte che abbia diritto a chiedere la risoluzione<sup>7</sup>. Ciò porta a concludere che il legislatore tende in certo qual modo a «sovrapporre» impianti rimediali afferenti variazioni quantitative ad altre di natura qualitativa, causando disagio in un eventuale tentativo di ricostruzione concettuale del fenomeno rinegoziativo.

Parlando in termini di «rinegoziazione» si è soliti far riferimento a quello strumento con cui le parti di un contratto possono ridefinirne il contenuto a seguito di eventi sopravvenuti alla stipula, idonei a determinare un perturbamento dell'equilibrio economico-giuridico proprio del sinallagma genetico. La *ratio* è facilmente rinvenibile nell'intento conservativo di un rapporto che, se non accuratamente (e soprattutto «adeguatamente») modificato, rimarrebbe sottoposto al mero rimedio risolutorio.

Quanto alla prassi internazionale degli affari, si è arrivati a parlare di una vera e propria «istituzionalizzazione» dello strumento rinegoziativo, in quanto gli stessi caratteri, propri delle relazioni internazionali (lunga durata del rapporto, natura complessa dei rapporti), hanno indotto gli operatori del mercato a preferire modelli di adattamento del contenuto contrattuale, rispetto a defatigatori (e soprattutto costosi) interventi prodromici al «vicolo cieco» della risoluzione.

Per ciò che concerne l'elemento della «lunga durata» del rapporto, essa deriva dalla normale rilevanza degli interessi economici in gioco nelle operazioni contrattuali internazionali: di talché il protrarsi nel tempo del rapporto rende il medesimo fisiologicamente esposto ad una maggiore, possibile incidenza di fattori esterni in grado di creare perturbamenti all'originario assetto d'interessi. La risoluzione del vincolo impedirebbe inoltre (come accennato) il recupero degli investimenti sostenuti nell'ottica di una duratura relazione: la risoluzione del contratto creerebbe esclusivamente i presupposti per un'azione di ripetizione dell'indebito e di arricchimento senza causa, con la conseguenziale, esclusiva rilevanza dei costi sostenuti da una parte, risolti in un vantaggio per l'altro contraente.

Con riferimento all'elemento della «complessa» natura propria della contrattualistica internazionale «di durata», va notato come la medesima si connota, per lo più (e come vedremo *sub* § 3), per un insieme di contratti finalizzati, nel complesso, al raggiungimento di un obiettivo economico di portata generale: la caducazione – a seguito di sopravvenienze perturbative – di una singola subcontrattazione, si ripercuoterebbe inesorabilmente sull'intera operazione «sovraordinata».

Tale «prassi manutentiva» propria della prassi internazionale degli affari ha, nel frattempo, esteso la propria operatività alla disciplina contrattuale degli ordinamenti interni, compreso quello italiano, il quale vede la propria teoria generale del contratto, oggi, bisognosa di una «rilettura» in senso più complanare a quanto dettato dal diritto comunitario e dalle altre fonti sovranazionali, che, come fa notare insigne dottrina, «hanno mutato i significati dei concetti civilistici. [...] Come emerge dalla giurisprudenza comunitaria, lo studio degli istituti privatistici deve ripercorrere i principi e le regole del diritto comune, riconosciuto come il fondamento della logica del diritto europeo vigente.»<sup>8</sup>.

Tenuto conto dell'importanza della rinegoziazione sotto profili sia economici che giuridici, in quanto strumento di gestione delle sopravvenienze nei contratti di durata, risulta quanto meno doveroso un approfondimento della relativa natura giuridica, nonché procedere ad un'individuazione maggiormente sistematica delle relative fonti normative.

La rinegoziazione può avere natura meramente facoltativa (venendo così affidata alla libera scelta dei contraenti), oppure obbligatoria. In tale seconda ipotesi, accertata la sussistenza di una modificazione dell'originario equilibrio contrattuale, dovuta all'accadimento di circostanze contrattuali (convenzionalmente o legalmente) previste, sussiste l'obbligo di rinegoziazione del contratto, in capo ad una parte, contrapposto al diritto, in capo all'altra, ad azionare il relativo procedimento.

Dato comune ad entrambe le tipologie è costituito dalla necessaria iniziativa di parte; è evidente, tuttavia, come solo una rinegoziazione nascente da un obbligo (convenzionale o legale) possa garantire l'effettiva realizzazione di un programma negoziale «equo», il quale, magari non ricalcando necessariamente lo schema sinallagmatico inizialmente predisposto, possa comunque ricalcare gli originari equilibri. Infatti, anche nel momento in cui la parte obbligata non rispetti la prescritta accettazione del procedimento rinegoziativo, alla

parte avente diritto rimane pur sempre la certezza dell'ottenimento di un adeguamento coattivo, rimesso al vaglio dell'autorità giudiziaria: ciò garantisce, in linea con la *ratio* dell'istituto in esame, pur sempre il buon esito dell'operazione economica voluta dalle parti in sede di stipulazione<sup>9</sup>. Il procedimento rinegoziativo può, pertanto, trovare origine sia da espressa previsione normativa che da apposita clausola, formulata in sede di trattative e specificamente sottoscritta.

Partendo dagli elementi distintivi, in tema di rinegoziazione, tra gli ordinamenti giuridici di *common* e *civil law*, è possibile anzitutto notare come nei primi non siano previsti, normalmente, casi di imposizione *ex lege* di attivazione del procedimento rinegoziativo: solo nel caso di *impracticability* vi sarà l'intervento del giudice ai fini integrativi dello schema negoziale.

Nell'ordinamento giuridico italiano, al contrario, disposizioni specificamente previste in tema di c.dd. *relational contracts* (contratti, appunto, di durata) mirano ad eliminare (o, semplicemente, diminuire) gli ostacoli causati da determinate circostanze sopravvenute, mediante il procedimento rinegoziativo, anche in assenza di apposite previsioni pattizamente determinate dai contraenti.

Quanto agli elementi in comune fra le due tipologie di ordinamenti, in entrambi i casi l'obbligo di rinegoziazione trova, generalmente, origine in apposite clausole rinegoziative, espressione di autonomia privata decisamente ricorrente nei rapporti contrattuali ad esecuzione non istantanea, ed avente la funzione di prestabilire (in maniera più o meno dettagliata) soluzioni concordate a (più o meno prevedibili e previste) sopravvenienze contrattuali.

2. *Segue. Le fonti dell'obbligo rinegoziativo.*- L'anelito all'efficienza economica del contratto, nonché la lacunosità nei vari ordinamenti (soprattutto quello italiano) in tema di conservazione del rapporto in caso di sopravvenienze e, infine, la difficoltà di prevedere ogni genere di sopravvenienza, hanno sollecitato gli studiosi dei medesimi

ordinamenti a rinvenire l'«istituzionalità», quale obbligo generale, della rinegoziazione, partendo dal principio di solidarietà economica e, soprattutto, dall'obbligo di buona fede.

Per ciò che concerne la rinegoziazione di origine pattizia, la clausola rinegoziativa ha, come scopo, quello di superare le sopravvenienze diverse da quelle legalmente rilevanti e/o di gestire le medesime secondo modalità diverse da quelle previste a livello normativo: i contraenti stessi hanno perciò l'onere di graduare, in sede di trattative, l'incidenza delle sopravvenienze sull'assetto di interessi programmato, attraverso la previsione del diritto e del correlativo obbligo di rinegoziare<sup>10</sup>.

Tali clausole possono alternativamente catalogarsi in due tipologie, a seconda che siano costituite da un'indicazione degli elementi posti a fondamento della rinegoziazione e/o delle modalità e dei termini del procedimento rinegoziativo, in modo generico ovvero specifico<sup>11</sup>.

Clausole rinegoziative dal contenuto generico, per loro stessa «elasticità», consentono alle parti di ricondursi e controllare un'ampia casistica di circostanze sopravvenute, aprendo maggior spazio all'autonomia contrattuale e riducendo, al contempo, l'incidenza dell'alea sull'economia dell'affare<sup>12</sup>. Rimane, tuttavia, la maggiore possibilità che si verifichino comportamenti poco corretti ed abusi verso la parte contrattualmente debole (ossia quella colpita negativamente dagli eventi sopravvenuti)<sup>13</sup>, in quanto proprio la genericità nell'indicazione della tipologia circostanziale (nonché del *modus procedendi*) dell'operazione rinegoziativa, può dare àdito ad approfittamento, da parte del contraente forte, di una situazione i cui termini non siano, per definizione, facilmente inquadrabili in concreto: basti pensare che il contraente obbligato a «cedere» alla rinegoziazione avrebbe, a difesa dei propri interessi, le seguenti vie d'uscita dall'obbligo predetto: 1) rilevare una mancata, esatta corrispondenza tra le circostanze realizzatesi in concreto e quelle genericamente dedotte in sede di stipula; 2) assumere un comportamento impeditivo del raggiungimento di un accordo sulle modalità rinegoziative.

---

Inutile, nel secondo caso, il ricorso alla clausola di buona fede *in executivis*, in quanto l'avanzamento di una proposta rinegoziativa sostanzialmente impossibile da accettare in capo a controparte rappresenterebbe «mero» illecito contrattuale, pertanto foriero di altrettanto semplice risolvibilità del contratto (e conseguente risarcimento del danno): una conseguenza lontana dagli scopi della clausola rinegoziativa.

Quanto alle clausole rinegoziative aventi contenuto specifico, le parti mirano ad introdurre nello schema contrattuale indicazioni particolareggiate delle sopravvenienze rilevanti ai fini rinegoziativi e/o del *modus procedendi*, cui conformarsi al fine di mantenere in vita l'originario assetto degli interessi. Rimane l'ovvia considerazione che le parti contrattuali molto difficilmente possano avere previsto, in sede di trattative, tutte le possibili sopravvenienze tali da compromettere la corretta prosecuzione del rapporto: ulteriore dimostrazione di come non sia possibile, in assoluto, una gestione *ex ante* delle circostanze non menzionate e, soprattutto, non sempre prevedibili. Utile ricordare, in proposito, come anche la maggior parte degli studiosi risulti propensa per una interpretazione quanto più restrittiva del contenuto specifico della clausola, esautorando automaticamente di rilevanza qualsiasi sopravvenienza non ricompresa fra quelle «in elenco»<sup>14</sup>.

Ulteriore aspetto da non sottovalutare è infine che, anche in presenza di specifica indicazione di presupposti e/o modalità operative del procedimento di revisione contrattuale, le parti possono comunque trovarsi in disaccordo sia sulla effettiva corrispondenza della circostanza verificatasi in concreto con la sopravvenienza contrattualmente prevista, che sulle modifiche da apportare al contratto; può verificarsi, ancora, che non siano rispettate le modalità rinegoziative, dando luogo così all'esperienza di azione giudiziale: considerata la funzione dello strumento rinegoziativo, si configurerebbe un vero paradosso.

Per fronteggiare i rischi suesposti, parte della dottrina ha optato per una combinazione dei criteri di rilevanza delle sopravvenienze ai fini rinegoziativi, in modo tale da predisporre clausole dal contenuto

generico quanto al profilo dei presupposti, seguite da clausole specifiche, purtuttavia meramente esemplificative di circostanze cui poter fare riferimento in caso di sopravvenuto cambiamento degli equilibri contrattuali<sup>15</sup>.

Sia la dottrina italiana che anglosassone ha, così, tentato un superamento dei limiti nonché un contenimento degli effetti negativi derivanti dalle comuni clausole rinegoziate (sinteticamente *ut supra* esposti), ed ha rivolto l'attenzione alla ricavabilità, dalla disciplina (generale e speciale) in tema di contratti dei rispettivi sistemi, di un obbligo rinegoziativo legale e generalizzato, volto ad una gestione delle sopravvenienze contrattuali alternativa alla strumentazione tradizionale: si è profilata, pertanto, la necessità di individuare la fonte legale di un tale obbligo, nonché di effettuare un'analisi critica dei rimedi applicabili in caso di mancato raggiungimento dell'accordo rinegoziativo legalmente imposto. Non sussiste alcun dubbio, infatti, che, anche nel nostro ordinamento, la clausola rinegoziativa del rapporto contrattuale abbia possibilità d'inserimento ed espansione, essendo destinata per sua natura a superare il giudizio di meritevolezza da parte del giudice. L'insufficienza, tuttavia, del «mero» strumento delle clausole contrattuali per una disciplina delle sopravvenienze nei rapporti di durata ha portato la dottrina ad auspicare l'imponibilità, in capo alla parte avvantaggiata dal mutamento delle circostanze, di un obbligo rinegoziativo basato sia sul principio di conservazione che su quello di adeguamento del contratto.

Tale auspicio ha creato i presupposti per un dibattito dottrinale che ha visto parte della dottrina italiana, in particolare, affermare l'esistenza di un generale principio di conservazione del contratto al quale debba esser riconosciuta una capacità espansiva che oltrepassi i tradizionali confini indicati dall'art. 1367 c.c.: ciò mediante la ricostruzione sistematica di una specifica categoria dei mezzi volti a salvaguardia dell'impianto contrattuale<sup>16</sup>. Le ipotesi, tuttavia, della nullità parziale (art. 1419 c.c.) e del mantenimento del contratto rettificato in caso di errore (art. 1432 c.c.), rendono chiaro come i meccanismi di conservazione del contratto invalido e la rinegoziazione rappresentino

---

strumenti originati per finalità nettamente distinte. Le prime due ipotesi, infatti, tendono alla conservazione dell'atto di autonomia, e consistono in una correzione dell'impianto genetico non già mediante una vicenda successiva attinente all'esecuzione (come nel caso della rinegoziazione), bensì mediante caducazione parziale del contratto (nullità parziale *ex art.* 1419 c.c.) ovvero tramite offerta, della parte non in errore, di rettifica del contratto non ancora eseguito (mantenimento del contratto rettificato *ex art.* 1432 c.c.). Tali meccanismi conservativi si muovono sul piano della validità del sinallagma genetico: si mira a risolvere questioni afferenti l'«atto», in una dimensione diversa da quella esecutiva che concerne, al contrario, il «rapporto», come avviene in caso di rinegoziazione. A differenza di quest'ultima, nel funzionamento dei meccanismi conservativi è presente un assetto negoziale viziato e, purtuttavia, sanabile tramite l'eliminazione delle clausole nulle, ovvero mediante la proposta di eseguire il contratto debitamente rinegoziato. La rinegoziazione agisce direttamente sulla fase esecutiva del rapporto, modificandone «semplicemente» il contenuto. A tale stregua, il principio di conservazione degli atti giuridici (cui la rinegoziazione è indubbiamente conforme sotto il profilo funzionale della prosecuzione del rapporto) lascia trasparire una incontestabile meritevolezza dello strumento rinegoziativo. Con la medesima trasparenza, tuttavia, tale strumento mostra la rilevata e differente incidenza sulla validità-invalidità dell'atto: tali riflessioni inducono ad escludere l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un obbligo rinegoziativo legale e generalizzato.

Neppure il principio di adeguamento del contratto rappresenta una possibile fonte di tale obbligo rinegoziativo. Allo stato attuale, l'obbligo *ex lege* di adeguamento del rapporto è rinvenibile nella disciplina di talune tipologie contrattuali, quali: la somministrazione, (in cui la prestazione viene determinata – salvo diversa pattuizione – in riferimento ai fabbisogni del somministrato: *art.* 1560 c.c.); l'appalto (in cui è prevista la variazione del corrispettivo per sopravvenuta onerosità o difficoltà dell'esecuzione: *art.* 1664 c.c.); l'affitto (con aumenti o riduzioni del canone in caso di modificazioni sopravvenute del rapporto: *art.* 1623 c.c.); l'assicurazione (nella quale il mutamento del rischio incide sia sulle prestazioni che sulla stessa prosecuzione

del rapporto: artt. 1897 e 1898 c.c.); l'apertura nonché l'anticipazione del credito (riguardo alle conseguenze della diminuzione della garanzia prestata in sede di conclusione dell'accordo: artt. 1844, 2° comma e 1850 c.c.); la fideiussione (estesa anche ad eventuali spese successive alla stipula: art. 1942 c.c.).

Rinegoziazione e adeguamento del contratto si distinguono – nonostante taluni aspetti in comune – sotto diversi punti di vista. L'adeguamento è specificamente previsto da parte del legislatore in ipotesi puntuali, di talché viene ad esserne confermata sia la natura eccezionale, nonché l'inoperatività, in via di principio, nelle ipotesi di non espressa previsione (in cui vige la regola generale della tendenziale immodificabilità unilaterale del contratto). Del resto, sia la giurisprudenza che parte degli studiosi tendono a rimarcare la delimitatezza dell'ambito operativo dell'adeguamento contrattuale<sup>17</sup>. Riesce pertanto difficile desumere, da tali fattispecie adeguate di fonte legale, un obbligo generale di rinegoziazione. Altro punto da tenere in considerazione è il seguente: pur rinvenendo, nell'adeguamento e nella rinegoziazione del contratto, una complanarità sul piano teleologico (la conservazione del rapporto di durata), ciò non consente l'assimilazione – sul piano meramente concettuale – dei due istituti giuridici: la rinegoziazione è prodromica all'adeguamento contrattuale, ma l'adeguamento può trovare la propria fonte anche in altre tipologie di attività correttive (convenzionali, legali o giudiziali) idonee alla modificazione del rapporto in funzione delle sopravvenute circostanze.

Taluni sostengono come eseguire in buona fede un contratto di «durata» porti a concludere per un obbligo – in caso di sopravvenienze – anche di rinegoziazione del medesimo<sup>18</sup>: la buona fede viene ad assumere le caratteristiche di uno strumento di imposizione di obblighi che, pur non convenzionalmente stabiliti dalle parti, risultano necessari a garantire la piena esecuzione del rapporto. Secondo tale impostazione, tale presunto obbligo sarebbe rinvenibile: da una parte, prendendo a modello la teoria angloamericana dei *relational contracts*, che appunto vede, quale fonte dell'obbligo legale di «renegotiation», l'obbligo di buona fede nell'esecuzione contrattuale<sup>19</sup>; dall'altra, prendendo

---

spunto dall'attenzione posta, da parte dei vari gruppi di studiosi intenti all'uniformazione di un vero e proprio «diritto privato europeo»<sup>20</sup>, si è considerata l'impostazione in base a cui la rinegoziazione, in caso di eccessiva onerosità ex art. 6.2.3 dei c.dd. Principi *Unidroit*, sarebbe soggetta all'obbligo di buona fede<sup>21</sup>.

Con riferimento alla prima riflessione (e rinviando, per la seconda, al § 13 del presente lavoro), è da considerare come negli ordinamenti di *common law*, in particolare, la giurisprudenza tenda ad escludere la derivazione, dal principio di buona fede, di un dovere rinegoziativo di fronte a circostanze sopravvenute che rendano, se non adeguatamente affrontate, improseguibile il rapporto contrattuale, e ciò prescindibilmente dalla funzione svolta *ex positivo iure* dalla buona fede medesima<sup>22</sup>. Pertanto, nel diritto anglosassone il requisito della buona fede opera in sostituzione della *consideration* solo quale *exceptio*, fornendo in tal modo la *ratio* funzionale al contratto modificativo: quanto detto, tuttavia, non convince giurisprudenza maggioritaria ad intravedere un «elevamento» della buona fede a vera e propria fonte di un obbligo rinegoziativo.

Neppure l'ordinamento giuridico italiano, tuttavia, pare propenso ad accogliere una visione dell'obbligo di buona fede quale fonte di un autonomo dovere rinegoziativo, indipendente da espressa previsione delle parti: non sembra di poter ricavare dall'obbligo di buona fede alcuna funzione sostitutiva del requisito causale del contratto, nonostante nel nostro sistema (e a differenza di quelli di *common law*) tale obbligo rappresenti anche fonte legale d'integrazione del contenuto contrattuale. In risposta a tale ultima osservazione, buona parte degli studiosi mira ad assegnare funzione integrativa alla buona fede contrattuale, partendo dalla norma più adatta ad assolvere una simile funzione, ossia l'art. 1375 c.c., che sancisce il dovere di correttezza contrattuale inteso sia quale «clausola generale destinata a regolare le trattative, la conclusione, l'interpretazione e l'esecuzione del rapporto contrattuale» che «come fonte di integrazione del contratto, in quanto richiamata dall'art. 1374 sub specie di legge»<sup>23</sup>.

Il dovere di correttezza, in sostanza, si profila quale limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva costituita *ex contractu*, concorrendo «alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio»<sup>24</sup>.

La buona fede, regola di condotta per i contraenti, costituisce fonte primaria d'integrazione del rapporto in misura prevalente anche rispetto alle determinazioni contrattuali: una regola che «rappresenta, infatti, uno dei principi portanti del nostro ordinamento sociale, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume»<sup>25</sup>.

In sostanza, eseguire il contratto secondo buona fede implica «il dovere di ciascuna parte di realizzare l'interesse contrattuale dell'altra o di evitare di recarle danno, anche con l'adempimento di obblighi non previsti dalla legge o dal contratto»: violare l'obbligo di buona fede, infatti, comporta «già di per sé inadempimento»<sup>26</sup>, nonché, eventualmente, l'obbligo al risarcimento del danno dovuto alla violazione medesima. Si introducono nell'assetto d'interessi previsto dalle parti, regole di condotta che, oggettivamente, risultano necessarie da adempiere o rispettare al fine di una piena attuazione dell'accordo.

In considerazione delle peculiarità dei contratti «relazionali», la buona fede può essere fonte di un diritto-dovere al procedimento rinegoziativo, ossia alla cooperazione per la conservazione di un assetto d'interessi che possa ricalcare gli equilibri propri del sinallagma genetico, poi venuti meno per eventi non previsti o non prevedibili<sup>27</sup>.

---

La buona fede, sotto tali profili, consente una migliore, concreta valorizzazione del riferimento normativo al parametro della fattispecie concreta, contribuendo al mantenimento in vita dell'operazione economica in funzione degli interessi economico-giuridici propri dei contraenti, nonché posti a tutela da parte dell'ordinamento giuridico<sup>28</sup>.

Considerare implicito, in un contratto di durata, l'obbligo rinegoziativo sulla base del «semplice» obbligo di comportarsi secondo buona fede, risulta anche confutativo dell'ormai superata impostazione che riporta quale assoluto il principio di intangibilità dell'autonomia contrattuale, in quanto proprio il permanere di un equilibrio che – pur non identico a quello proprio del momento delle trattative e della stipula – ne ricalchi comunque «le fondamenta», consente (e non impedisce) una più piena realizzazione di quanto effettivamente voluto dai contraenti<sup>29</sup>.

Questione da risolvere, a questo punto, coinvolge la possibilità, per il (sinora) presunto obbligo rinegoziativo del contraente avvantaggiato dalle sopravvenienze (ex artt. 1374 e 1375 c.c.), di coesistere con l'attuale impianto sistematico proposto dal legislatore per affrontare il tema delle sopravvenienze contrattuali in generale e, nello specifico, con la disciplina di cui all'art. 1467 c.c.<sup>30</sup>: in sostanza, ci si chiede come si possa metter sullo stesso piano un obbligo di modifica degli elementi contrattuali propri di un assetto in preda a sopravvenuto disequilibrio, con una «mera» facoltà, propria anche in tal caso della sola parte avvantaggiata, di ricondurre *ad aequitatem* il contratto sperequato. Una breve disamina della natura giuridica delle norme suddette può rendere il compito più agevole.

L'art. 1467 c.c., anzitutto, è pacificamente considerata norma dispositiva sia da studiosi che da interpreti, con conseguente derogabilità della medesima a seguito di espressa volontà delle parti e, soprattutto, da parte di norme imperative: tra esse vi è proprio il precetto (artt. 1175 e 1375 c.c.), volto ai contraenti, di assumere un comportamento ex bona fide. Se, pertanto, principio di correttezza corrisponde a «legge fondamentale dello Stato», e in quanto tale sopraordinata «ad ogni

altra anche dal punto di vista formale», è naturale come una norma che disciplini tale correttezza non sia suscettibile di deroga alcuna: neppure, tanto meno, da norme dispositive<sup>31</sup>.

Altra impostazione ritiene che, nella scelta di stipulare un contratto di durata, le parti intendano comunque adeguare concordemente il contratto all'evoluzione delle circostanze economiche e giuridiche: ciò, sia tenuto conto dell'alta probabilità – propria di tale tipologia negoziale – che sorgano nuove e non previste circostanze, sia tenuto conto della disciplina di cui all'art. 1366 c.c. Tale orientamento, oltre a ricalcare la dottrina c.d. volontaristica, alla radice di più vaste teorie facenti capo, per lo più, alla categoria concettuale della «presupposizione»<sup>32</sup>, trova tuttavia ampio ostacolo nell'ormai consolidata giurisprudenza<sup>33</sup> in tema di esegesi contrattuale, in base a cui, pur in presenza del principio dell'in *claris non fit interpretatio* di cui al primo comma dell'art. 1362 c.c., il sia esclusa la ricerca della comune volontà delle parti, di fronte al significato chiaro e inequivocabile delle espressioni inserite nel contratto. Del resto, la Corte di legittimità si è dimostrata abbastanza coerente nell'attribuire carattere di sussidiarietà all'art. 1366 c.c., così come alle altre norme d'interpretazione contrattuale volta alla ricerca della comune intenzione delle parti (artt. 1367 - 1370 c.c.)<sup>34</sup>.

Risulta, pertanto, difficile individuare, nei contratti c.dd. relazionali un implicito accordo volto a rinegoziare in caso di bisogno: in considerazione, tuttavia, delle caratteristiche proprie della tipologia contrattuale in commento, l'interpretazione *ex bona fide* del contratto pare comunque in grado di realizzare un obbligo *ex bona fide* e, pertanto, legale rinegoziativo<sup>35</sup>.

La giurisprudenza, d'altronde, fa ampio utilizzo della clausola generale della buona fede, affermando come la medesima si profili quale strumento di governo della discrezionalità nell'esecuzione contrattuale, operando con riferimento alla selezione delle scelte (appunto discrezionali) delle parti, ed assicurando un'esecuzione contrattuale in senso omogeneo a quanto emergente dalla ricostruzione (filtrata attraverso un canone conforme all'*id quod plerumque accidit*

---

– pertanto «di ragionevolezza» –) dell’assetto d’interessi realmente voluto<sup>36</sup>. Si è notato sul punto<sup>37</sup>, inoltre, che in tema di *bona fides in executivis*, la medesima impone a ciascuna parte di conformarsi a quei comportamenti che, fuori dagli specifici obblighi *ex contractu* ovvero dal dovere, *extracontrattuale*, del *neminem laedere*, risultino idonei a preservare gli interessi di controparte senza rappresentare apprezzabile sacrificio per sé.

È da rilevare, tuttavia – e concludendo sul punto – che le pronunce giurisprudenziali, pur nel riconoscimento e nella valorizzazione del principio della buona fede *in executivis*, utilizzano, nelle concrete fattispecie, la descritta clausola generale per conclusioni difformi a quanto più volte auspicato in dottrina: talvolta si è concluso come una violazione della buona fede implichi «di per sé inadempimento» e possa «comportare l’obbligo di risarcire il danno cagionato a causa della violazione medesima»<sup>38</sup>; talaltra si è inquadrata la descritta violazione quale «inadempimento contrattuale tale da poter giustificare anche la risoluzione del contratto ai sensi degli artt. 1453 ss. c.c.»<sup>39</sup>.

È chiaro, pertanto, che su tali linee di decisione la buona fede difficilmente possa assurgere a concretizzare un obbligo rinegoziativo al fine della conservazione, dell’operazione economica suggellata con la stipula, in funzione degli interessi economici e giuridici propri delle parti, e meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento. L’interprete mostra ancora difficoltà al riconoscimento di un vero e proprio obbligo rinegoziativo e, pertanto, di un intervento eteronomo del giudice ad integrazione del contratto divenuto iniquo<sup>40</sup>.

È da citare, tuttavia, una – seppur isolata – apertura alla configurabilità, in caso di sopravvenuta sperequazione delle posizioni contrattuali rispetto all’originario assetto, di un obbligo rinegoziativo *ex art. 1375 c.c.*, nel celebre «lodo Alpa», pronunciato in relazione ad una compravendita di azioni con differimento del saldo del prezzo<sup>41</sup>. Il Collegio arbitrale, partendo dalla considerazione della buona fede in base alla ricostruzione elaborata dalla dottrina e in parte della giurisprudenza (cfr. Cass., 9 dicembre 2003. n. 18743; Cass., 15 marzo 2004, n. 5240; Cass., 24

marzo 1999, n. 2788; nonché Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078), ossia di una buona fede contrattuale integrativa su cui poter fondare un obbligo rinegoziativo del contratto in caso di sopravvenienze sperequative delle posizioni dei contraenti, ha potuto affermare come, alla luce della buona fede (e pur di fronte alla lettera del contratto), non si possa giungere a comprimere la posizione contrattuale della parte svantaggiata da eventi sperequativi fino a renderle opponibile una clausola contrattuale che, interpretata ed eseguita *ad litteram*, determinerebbe maggiormente effetti sperequativi.

Un ultimo cenno merita la questione, accennata nell'introduzione a tale *excursus* dottrinale e giurisprudenziale, riguardante le possibili conseguenze ad un eventuale inadempimento dell'obbligo a rinegoziare. Anche dando per scontata l'esistenza di un obbligo legale e generalizzato di rinegoziazione, infatti, fondato sui principi di conservazione e adeguamento, sulla buona fede nell'esecuzione contrattuale e, ancora, sull'equità integrativa<sup>42</sup>, si profilerebbe la questione dei mezzi attraverso cui poterlo rendere effettivo.

È certo, anzitutto, che l'obbligo di rinegoziare imponga di effettuare nuove trattative, nonché di condurle secondo buona fede: non anche di addivenire a concludere positivamente il procedimento. Per contro, vi sarà inadempimento ove la parte avvantaggiata dalle sopravvenute circostanze si opponga, in modo ingiustificato, alla rinegoziazione, ovvero si limiti a concedersi a trattative senza alcuna, reale intenzione di apportare nuova linfa vitale all'accordo. Tali ipotesi incontrano, naturalmente, i rimedi della risoluzione per inadempimento dell'intero contratto, seguita dal risarcimento del danno<sup>43</sup>.

È da considerare, comunque, come sia risoluzione che risarcimento del danno comportino una regressione al risultato che l'obbligo di rinegoziazione voleva evitare, ossia lo scioglimento del contratto: ciò ha visto insigne dottrina rivolgere l'attenzione al rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo rinegoziativo, in quanto – si sostiene – una sentenza emessa sulla base della disciplina di cui all'art. 2932 c.c. produrrebbe i medesimi effetti dell'accordo modificativo non concluso<sup>44</sup>.

---

Una simile impostazione, tuttavia, pur mossa dall'esigenza di garantire effettività all'obbligo rinegoziativo, vede giustificare un intervento giudiziale decisamente invasivo della sfera dell'autonomia privata. Del resto – si è notato – ulteriore problema sarebbe rappresentato dall'eventuale assenza di un accordo delle parti sugli elementi essenziali del contratto modificativo, i quali soli permetterebbero all'autorità giudiziaria adita di pronunciare la sentenza sostitutiva della rinegoziazione non andata a buona fine o, quale che è peggio, mai iniziata: l'art. 2932 c.c., pertanto, non sarebbe applicabile in presenza di un accordo solo parziale o volto a future trattative per la definizione degli elementi mancanti<sup>45</sup>. Inoltre, pare di poter escludere che «mere» ragioni di efficienza economica possano portare il giudice a sostituirsi alla parte nella gestione dei propri interessi e nella assunzione delle conseguenti decisioni: il provvedimento giudiziale, infatti, può essere espressione di un *adflatus* proprio dell'autonomia dei contraenti, ma non può sostituirsi a quest'ultima.

I rimedi della risoluzione e del risarcimento, in sostanza, costituiscono già efficace deterrente avverso eventuali condotte abusive e defatigatorie della parte sostanzialmente inadempiente, nonché una garanzia per il contraente colpito dalla sopravvenuta carenza dell'equilibrio proprio dell'operazione economica al momento della stipula.

L'intervento giudiziale in veste sostitutiva potrebbe, infine, ammettersi nel caso in cui possano desumersi, dal regolamento negoziale, i termini di ripartizione dei rischi, idonei a fornire l'interprete i criteri per un ristabilimento dell'equilibrio negoziale: in tal caso, infatti, il giudice interverrebbe all'interno e in forza del contratto medesimo, sulla base della strumentazione per l'esegesi di cui agli artt. 1362-1371 c.c. (con occhio di riguardo alla norma che impone la buona fede nell'interpretazione contrattuale di cui all'art. 1366 c.c. Proprio questa pare sia la linea tenuta nella stesura del citato «lodo Alpa».

3. *La rinegoziazione nel «Diritto privato europeo»*. - Sempre all'interno di una panoramica concernente la configurabilità, in termini generali, della revisione giudiziale nonché di uno strumento rinegoziativo di

origine pattizia, giova effettuare – in coerenza con quanto accennato in premessa al presente studio – un’analisi delle medesime questioni da una visuale più ampia di quella afferente l’ordinamento interno.

Si consideri, anzitutto, come alcune tipologie contrattuali di impronta prettamente «sociale» (pertanto non ancora «tipizzate» dall’ordinamento, e purtuttavia fortemente utilizzate dagli operatori del mercato) trovino concreta attuazione mediante la stipula di modelli internazionalmente uniformi, connaturati a meccanismi di amministrazione del rischio contrattuale ispirati al principio di conservazione del rapporto mediante rinegoziazione e revisione. Consolidato orientamento giurisprudenziale consente, a tal proposito, d’intravedere nell’utilizzo di detti contratti internazionalmente uniformi l’ampliamento dell’area di operatività dei rimedi alternativi alla risoluzione: ciò, a patto che siano perseguiti interessi i quali, pur non puntualmente riscontrabili nell’ordinamento italiano, siano valutati quali meritevoli di tutela «in ordinamenti giuridicamente affini»<sup>46</sup>.

Sono poi da tenere in considerazione quelle impostazioni che, partendo da una visione dello strumento contrattuale quale forte, principale strumento di innovazione giuridica in un contesto (come l’attuale) caratterizzato dalla globalizzazione dei mercati, portano ad affermare come la predisposizione nonché circolazione di «modelli contrattuali uniformi» rappresenti elemento decisivo per la disciplina uniforme dei rapporti che si instaurano «entro l’unità economica dei mercati», seppur «al di là delle unità politiche degli Stati»<sup>47</sup>. Le regole scaturenti dall’autonomia degli operatori del mercato c.d. globale creano lo spazio per la riscostituzione di una complessa disciplina direttamente predisposta «dalla classe mercantile, senza mediazione della società politica»<sup>48</sup>: la c.d. *lex mercatoria*.

È in tale tipologia di circostanze che l’elaborazione di principi di «diritto uniforme» portano alla compilazione di quelle regole che, spontaneamente, promanano dal commercio internazionale. Si pensi, a tal proposito, ai Principi Unidroit, nonché ai «Principi di diritto contrattuale europeo» elaborati dalla Commissione Lando, al Code européen des

---

contrats ad opera dell'«Accademia dei Giusprivatisti Europei» guidati da Giuseppe Gandolfi, al progetto di codice elaborato dalla Commission on Transnational Corporations costituita presso l'Economic and Social Council dell'ONU o, ancora, al Draft «Common Frame of Reference»<sup>49</sup>: le relative previsioni concernenti la rinegoziazione e revisione del contratto, pur essendo prive del valore di norma giuridica positiva, rappresentano elementi imprescindibili allorché si affronti la questione della configurabilità di un legale e generalizzato potere di rinegoziazione contrattuale. Tali disposizioni configurano, infatti, espressione di regole oggettive della prassi internazionale degli affari, e vanno pertanto a complemento della norma positiva interna<sup>50</sup>.

È possibile ravvisare, in particolare, nei Principi Unidroit<sup>51</sup> il favor per la conservazione del contratto, in base alla ratio secondo cui estinguere il rapporto porterebbe a nuove (dispendiose) trattative, per di più dall'esito incerto: l'art. 6.2.2 dei Principi in questione struttura le c.dd. clausole di hardship in termini complanari all'eccessiva onerosità ex art. 1467 ss. c.c., e non dissimili dalla disciplina della c.d. *impracticability* propria degli ordinamenti di *common law*, prevedendo all'art. 6.2.3 l'obbligo rinegoziativo con contestuale potere giudiziale di risoluzione o, in caso di mancato accordo fra le parti, di modifica del contratto. Si tratta inoltre di una disciplina sostanzialmente assimilabile a quella del sistema angloamericano, pur non statuendo quest'ultimo analogo obbligo legale di rinegoziazione.

Pur leggendosi come i medesimi Principi trovino applicazione ogni qualvolta le parti abbiano fatto rinvio ai «principi generali del diritto» od alla «lex mercatoria», e anche se ciò non significa automaticamente «che la lex mercatoria termina con i Principi Unidroit o che questi ultimi coincidano precisamente con la prima, sta di fatto che in diverse occasioni le corti arbitrali hanno utilizzato i Principi considerandoli espressione della lex mercatoria, come se ne costituissero una “fonte di cognizione”, e (ciò che è più rilevante) non in quanto richiamati dalle parti, ma in applicazione del diritto interno. Si comprende, allora, il forte valore e ascendente che i Principi sono in grado di assumere nella risoluzione delle controversie contrattuali, anche negli ordinamenti domestici»<sup>52</sup>.

Peraltro, come attualmente strutturato, lo strumento rinegoziativo previsto dai Principi Unidroit non sembra adeguato ad una corretta gestione delle sopravvenienze (pertanto alla salvaguardia del rapporto): anzitutto in quanto, per la prospettazione di un obbligo rinegoziativo, l'equilibrio contrattuale deve aver subito turbamenti dal carattere rilevante, come ad esempio un forte aumento dei costi da sostenere per l'adempimento della prestazione ovvero, in capo all'altra parte, una eccessiva deminutio del valore della prestazione ricevuta; in secondo luogo, e con particolare riferimento ai rimedi disponibili per l'ipotesi di violazione degli obblighi rinegoziativi, il 3° comma dell'art. 6.2.3 dei Principi in commento autorizza i contraenti ad adire la via giudiziale per l'ottenimento, in alternativa, della risoluzione ovvero del risanamento degli inficiati equilibri contrattuali creati in sede di stipulazione. Sono chiare le similitudini anche con i rimedi previsti per l'ipotesi di *impracticability*.

La risoluzione, tuttavia, disintegra l'operazione economica formalizzata nello schema contrattuale. L'adattamento giudiziale, d'altra parte, è in quanto tale rimesso all'esclusiva valutazione dell'interprete, realizzando una forma d'intervento completamente eteronoma, non in linea (*ut supra* ampiamente descritto) con la base concettuale della rinegoziazione. Il 4° comma del medesimo art. 6.2.3, inoltre, permette all'organo giudicante la risoluzione ovvero modificazione dell'impianto contrattuale solo nel caso concreta «ragionevolezza» dell'intervento, di talché le specifiche circostanze del rapporto potrebbero anche vedere il giudice privo d'interesse sia per la risoluzione quanto per l'adeguamento del contratto, con la conseguente conferma delle clausole approvate in sede di stipulazione.

Passando alla disamina dei Principles of the European Contract Law elaborati dalla Commissione guidata da Ole Lando, il riferimento corre all'art. 6.111, per il quale: «1. Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. 2. Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze,

---

le parti sono tenute ad intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, nel caso in cui: a) il mutamento di circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto; b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto; c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere tenuta a sopportare»<sup>53</sup>. Ogni Principio dettato dalla Commissione Lando è accompagnato da commento (in cui viene offerta l'interpretazione autentica della regola proposta), e note esplicative (che volgono a chiarire la derivazione delle regole, ossia a quale delle codificazioni europee si sia ispirata la Commissione nel dettare ciascuna regola): tali glosse e momenti esplicativi rendono agevole, tuttavia, rilevare come la Commissione, nel riordinare una disciplina per il fenomeno delle sopravvenienze, ha ricalcato in maniera pressoché analoga quanto già previsto dai Principi Unidroit, in quanto anche nei Principi Lando si è riconosciuto, in sostanza, al contraente che abbia subito gli effetti del mutamento delle circostanze il diritto a porre in essere nuove trattative, volte a rimediare agli squilibri sopravvenuti. Le trattative in parola possono, così, condurre alla modificazione ovvero allo scioglimento del rapporto. Unico elemento in cui tali Principi Lando si discostano, sul punto, da quelli dell'Unidroit, è rinvenibile nella deferibilità della questione al giudice, qualora le parti dovessero incorrere in disaccordo sulla scelta posta fra rinegoziazione dell'oramai precario equilibrio sinallagmatico e l'estinzione del medesimo: il giudice, in tal caso, potrà condannare al risarcimento dei danni la parte che abbia rifiutato di attivarsi (per ciò che le compete) per innescare il procedimento rinegoziativo, ovvero abbia condotto il medesimo in modo non conforme a buona fede.

Sulla stessa linea si pone anche la disciplina della hardship dettata dal Codice europeo dei contratti<sup>54</sup> elaborato dall'«Accademia dei Giusprivatisti Europei», in base al cui art. 157, in caso di circostanze sopravvenute e in assenza di un accordo delle parti sull'adeguamento, è prevista la possibilità di revisione del contratto da parte del giudice: «il juge après avoir évalué les circonstances et compie tenu des intérêts et des requêtes des parties, peut, en faisant éventuellement recours à

une expertise, modifier ou résilier le contrat dans son ensemble ou dans sa partie inexécutée, et, s'il y a lieu et que cela soit requis, ordonner le restitutions et condamner a la réparation du dommage»<sup>55</sup>.

Il Code of conduct on transnational corporations, elaborato dalla Commission on Transnational Corporations (costituita presso l'Economic and Social Council dell'ONU) dovrebbe dettare norme comportamentali per le multinazionali, disponendo, fra l'altro, una specifica disciplina in materia di hardship clauses: è previsto, pertanto, che contratti (in particolare quelli «relazionali») tra multinazionali e impianti governativi debbano, in via ordinaria, contenere tutti clausole di revisione o rinegoziate e che, in mancanza delle medesime, nonché in presenza di un sostanziale mutamento delle circostanze tale da decretare un significativo squilibrio dell'originario assetto d'interessi, debba comunque volgersi alla revisione dell'impianto contrattuale, nonché alla sua rinegoziazione *ex bona fide*<sup>56</sup>.

Quanto alla «bozza» dei Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (elaborata –partendo dalla base concettuale propria dei già citati Principi Lando– dallo Study Group on a European Civil Code nonché dal Research Group on EC Private Law (Acquis Group)<sup>57</sup>, è in essa rinvenibile qualche spunto in tema di modifica concordata degli elementi contrattuali in caso di sopravvenienze perturbative: si pensi, ad esempio, alla Section 6 del Terzo Libro del Draft (Modification by agreement), che all'articolo 7:601 (Agreements concerning prescription) riporta: (1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription. / (2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in III. – 7:203 (Commencement).

4. *L'esempio del common law. Il claim nel construction law.* - L. Negli ordinamenti di *common law* tre elementi, in particolare, hanno condotto a ravvisare la necessità di istituzionalizzare un obbligo rinegoziativo

---

in caso di sopravvenuto turbamento dell'equilibrio contrattuale: in primo luogo, l'esigenza di rendere quanto più «malleabile» il comparto prestazionale proprio dei contratti di durata (c.d. *relational contracts*), un aumento elevato dei rischi (proprio della moderna pratica degli affari) e, infine, la congenita impossibilità di prevedere e disciplinare qualsiasi tipologia di sopravvenienza.

Parte della dottrina è propensa a considerare la c.d. *renegotiation* (legale) del rapporto contrattuale come uno «strumento di garanzia» del «corretto andamento del sinallagma funzionale» (ricomprendendo, in tale ultima locuzione, sia l'attuazione del programma negoziale che l'adattamento del medesimo al mutamento degli equilibri)<sup>58</sup>: la categoria dei c.dd. contratti relazionali si profila, così, basata su durevoli relazioni, complanari ad uno spirito di reciprocità e solidarietà e improntate, pertanto, ad una logica collaborativa che è foriera dell'obbligo, per la parte avvantaggiata dalle sopravvenienze, di rinuncia a tali vantaggi procedendo ad un riassetto degli equilibri: un obbligo accessorio ed automatico del contratto di durata, la cui fonte sarebbe rinvenibile nell'obbligo di buona fede, nonché nel principio di solidarietà economica<sup>59</sup>. Primaria importanza viene, pertanto, a ricoprire la salvaguardia degli interessi di entrambe le parti, che andrebbero così a conseguire le dovute rispettive prestazioni mediante cooperazione nello svolgimento dell'affare e – in caso di sopravvenuti ostacoli alla prosecuzione – nel mantenimento del rapporto.

Altra impostazione ha tuttavia rinvenuto, nella suesposta teoria, caratteri «distorsivi» della concreta prassi degli affari. Sotto un primo profilo, gli stessi giudici anglosassoni hanno mostrato (oramai pacifica) propensione (dopo un primo – isolato – percorso in senso contrario<sup>60</sup>) ad escludere l'esistenza di una violazione dell'obbligo di buona fede, nel caso di rifiuto di adeguamento del comparto contrattuale divenuto «fuori fase»: mutuare dall'obbligo di buona fede un obbligo rinegoziativo legale e generalizzato – si sostiene – creerebbe una sorta di deminutio in capo all'autonomia delle parti. Principio generale degli ordinamenti di common law, inoltre, impedisce di riconoscere, alla buona fede, la «forza creativa» di obblighi ulteriori rispetto a quanto stabilito in sede pattizia<sup>61</sup>.

Sotto altro profilo, un obbligo rinegoziativo fondato sul principio di solidarietà economica può rappresentare, nella concreta fattispecie, un forte controsenso, dal momento che proprio il momento rinegoziativo potrebbe rappresentare (come già accennato) un'agevole via di approfittamento sulla parte svantaggiata dalle circostanze sopravvenute. Né l'automatico inserimento del giudice, nel caso da ultimo richiamato (comportamento sleale in sede rinegoziativa), rappresenterebbe una soluzione: anzitutto, in quanto verrebbe meno la ratio che ha portato alla creazione dello strumento rinegoziativo, ossia l'esigenza di uno strumento convenzionale volto a costringere, il contraente avvantaggiato, a proporre un'offerta migliore rispetto a quanto si verificherebbe *sub renegotiatione ex iudice* (con conseguente annichilimento dello spirito collaborativo e solidale» che, tra le parti, dovrebbe improntare un *relational contract*); si profilerebbe, inoltre, una contravvenzione al principio – proprio degli ordinamenti di *common law* – secondo cui il tribunale non è competente ad una «riscrittura» del contratto.

La revisione critica dei rimedi tradizionali di gestione delle sopravvenienze, nonché l'esame delle questioni sollevate dalla c.d. rinegoziazione (che abbia fonte convenzionale o legale) dei contratti di durata, inducono a ricercare tecniche sempre più adeguate di allocazione del rischio contrattuale, e a focalizzare l'analisi su un particolare strumento di gestione delle sopravvenienze in contratti di durata (come ad es. quello d'appalto) e di soluzione delle relative controversie, ormai ampiamente consolidato nella prassi anglosassone e a livello internazionale: il *claim*. Esso viene correntemente definito quale «request for an adjustment due to a change under the contract» e, cioè, richiesta di un «aggiustamento» a seguito di un mutamento delle circostanze durante l'esecuzione del contratto<sup>62</sup>.

Ai fini di un'adeguata ricostruzione concettuale del *claim*, è da tenere in considerazione come il contratto di appalto (definito negli ordinamenti angloamericani quale «construction contract» – sostanzialmente un «appalto d'opera» –) degeneri spesso in controversie dovute sia alla molteplicità e diversità dei soggetti coinvolti nell'operazione

---

economica, sia proprio alla natura di rapporto di lunga durata (*long-term relationship*).

Sotto il primo profilo (molteplicità e diversità dei soggetti coinvolti) il *construction contract* richiede infatti la partecipazione di tre soggetti «principali» (*owner, contractor ed architect/engineer*) e di altri «secondari» (*subcontractors, suppliers ed insurers*), portatori di interessi sostanzialmente diversi e, tuttavia, convergenti verso un comune obiettivo. In particolare, il committente (*owner*) stipula di norma un contratto di prestazione d'opera intellettuale con il progettista (*architect/engineer*) ed il *construction contract* con l'appaltatore (*contractor*), mentre quest'ultimo stipula – a sua volta – dei subcontratti con dei subappaltatori (*subcontractors*), con i fornitori (*suppliers*) e con uno o più assicuratori (*insurers*), in modo tale da potersi rivalere del danno da risarcire al committente per l'eventuale inadempimento di *subcontractors* e *suppliers*: il citato comune obiettivo, in sostanza, è la realizzazione dell'opera.

Quanto alla natura di «rapporto di lunga durata», è indubbio come nel *construction contract* l'elemento temporale sia uno dei maggiormente rilevanti: anzitutto, in quanto le parti stabiliscono un termine per il completamento dell'opera, rispetto a cui il ritardo nell'adempimento rappresenta una delle sopravvenienze (e fonti di controversie) più comuni; e, correlativamente, perché tale contratto si articola in tre momenti temporali fondamentali: 1) la scelta dell'*architect/engineer* da parte dell'*owner*; 2) l'individuazione del *contractor* ad opera del medesimo, nonché 3) la fase esecutiva.

In tale contesto, è agevole comprendere come l'esecuzione del *construction contract* (pubblico o privato, e che riguardi «grandi» o «piccole» opere) sia alquanto rischiosa per le parti, giacché può essere turbata da eventi successivi alla stipula, incidenti in vario modo sullo svolgimento e/o sui costi dell'opera. Si pensi, ad esempio: a) alle oscillazioni dei prezzi di mercato di un determinato bene; b) alle modifiche del design e, più in generale, alle varianti in corso d'opera; c) al ritardo dei fornitori; d) alle difficoltà impreviste; e) alla scoperta

di condizioni fisiche del suolo diverse da quelle riscontrate in sede di verifica preventiva e documentate nel contratto, ovvero ad un loro mutamento.

Ciò incide sul fisiologico svolgimento del rapporto contrattuale, rendendone particolarmente rischiosa la prosecuzione, soprattutto allorché lo stesso *construction contract* sia incompleto o ambiguo e, quindi, «motivi di controversia siano già presenti al momento della sottoscrizione delle parti».

Né la disciplina legale in materia di modificabilità del contratto e allocazione del relativo rischio volta all'integrazione di eventuali lacune dell'impianto contrattuale, né i tradizionali strumenti giudiziali di risoluzione delle controversie risultano idonei al soddisfacimento di esigenze pratiche di ordine economico da tempo diffusamente avvertite nel settore degli appalti d'opera (*construction industry*). Al riguardo, la strategia migliore sembra dunque quella di configurare anticipatamente i rischi in sede di stipula, addossandoli all'una o all'altra parte nonché prevedendo i relativi meccanismi di gestione, al fine di evitare: da un lato, l'applicazione della disciplina legale alla cui stregua, analogamente al nostro ordinamento, il rischio di sopravvenienze graverebbe in linea di principio sul *contractor*; dall'altro, preventivi di spesa eccessivamente alti, perché comprensivi di costi aggiuntivi per contingenze eventuali che potrebbero, nella realtà, mai verificarsi. Un'allocazione convenzionale del rischio, pertanto, ridurrebbe i costi e migliorerebbe i rapporti contrattuali intercorrenti fra *owner* e *contractor*. In tal modo il contratto diventerebbe, attraverso l'inserimento di opportune clausole (per lo più standardizzate e rubricate come «amministrazione del contratto»), anche uno strumento di gestione delle sopravvenienze e di soluzione «terapeutica» e quasi «fisiologica» delle controversie: proprio in tale contesto si inquadra il *claim*.

La maggior parte dei *construction contracts* include clausole di claim: 1) per *changed conditions*, ossia per condizioni fisiche del suolo mutate o diverse da quelle riscontrate al momento della stipula del contratto; 2) per *additional time*, là dove il cronogramma inizialmente stabilito non

---

possa essere rispettato; 3) per *additional costs*, in caso di aumento della spesa preventivata e, ancora, 4) per *extra works*, ossia per prestazioni originariamente non dovute dal *contractor*.

L'ambito operativo del *claim* è la gestione del rapporto contrattuale. L'«amministrazione» del contratto di lunga durata mira essenzialmente a rimediare eventuali squilibri giuridico-finanziari nel perseguimento degli interessi «primari», della realizzazione e consegna dell'opera al committente e, infine, della tutela del *cashflow* dell'impresa appaltatrice (nonché dei subcontraenti). A tal fine l'amministratore del progetto (*project manager*) si avvale del gestore del contratto (*contract manager*), ossia di un soggetto dotato di formazione tecnico-giuridica inquadrabile nella categoria, più generale, dei c.dd. «giuristi d'impresa», e in particolare dei *construction lawyers*: ciò, sia per la conoscenza degli obblighi contrattuali, quanto per le questioni giuridiche che è chiamato costantemente a risolvere. La salvaguardia degli interessi «primari» comporta che le parti preferiscono evitare l'utilizzo dei tradizionali rimedi di autotutela contrattuale, e tanto meno della tutela contenziosa, anche se convenzionale<sup>63</sup>.

I contraenti preferiscono allora ricorrere ad altri strumenti, che mirano a ristabilire l'equilibrio del sinallagma genetico compromesso *in executivis*, evitando sia di paralizzare i lavori che di dover sottostare ad una vicenda contenziosa.

Vengono in rilievo, per il committente: la variante in corso d'opera; la richiesta di adempiere esattamente il contratto; la richiesta o induzione a concludere particolari contratti (ad es., si spinge l'appaltatore a far riferimento a determinati subcontraenti, ovvero a concludere una joint venture con altre imprese) accompagnata, di solito, alla richiesta di risolverne altri. Per l'appaltatore rilevano, invece: la richiesta di variazione (*change order request*) e il *claim*. La richiesta di variazione è presentata in risposta alle istruzioni ricevute del committente, ossia prima che venga data esecuzione alla richiesta del committente. In essa vengono specificati: l'oggetto della modifica, il suo prezzo (costo maggiorato dal margine di profitto), il prolungamento del termine. Il *claim*

è invece presentato successivamente: quando, essendosi già iniziata l'esecuzione delle istruzioni ricevute, sia divenuto necessario coprire i costi sostenuti e quelli che si presenteranno in futuro; oppure quando i ritardi, causati dal committente, abbiano influito negativamente sui costi progettuali. In sostanza, il claim «per prestazioni non dovute» o «per ritardo» può essere definito quale richiesta al committente (presentata per iscritto dall'appaltatore) per l'ottenimento di una modifica del prezzo ovvero del termine di adempimento del contratto, dovuta a modifiche dell'oggetto del contratto richieste dal committente durante la sua esecuzione, ovvero a ritardi imputabili a quest'ultimo.

È utile procedere, a questo punto, ad un'analisi più approfondita dell'inquadramento operativo del *claim*, dei conflitti che mira a contemperare, e, quindi, del suo scopo funzionale. Ai fini della presente indagine assume particolare rilievo il *claim* «per extra works» richiesti dal committente: tale richiesta si manifesta quale istanza di esatto adempimento contrattuale, di talché l'appaltatore si trova a dover dimostrare come non si sia mai verificato alcun inadempimento e pertanto come i lavori richiesti non siano da ritenersi rientranti nell'oggetto del contratto. Tale dimostrazione diventa così lo scopo principale del *claim*, e mira a comporre, in sede che non sia arbitrale o giurisdizionale ma negoziale o tecnico-arbitrale (c.d. *Dispute Review Board*), gli interessi dei contraenti, senza che una sua presentazione e discussione con la controparte porti ad una paralisi dei lavori.

Nell'ambito della risoluzione delle controversie del *Construction law* trova collocazione sistematica, in particolare, la figura del *Dispute Review Board*. Si tratta di un collegio di tre esperti (presieduti da un c.d. *Chairman*) nominati dalle parti contrattuali al momento della stipula del contratto, le cui attività e poteri vengono disciplinati da un *D.R.B. Agreement*, accessorio al contratto principale. Le udienze (hearings) del D.R.B. hanno carattere periodico (spesso la cadenza è mensile), oppure vengono programmate in riferimento alla concreta fattispecie. In esse le parti, nelle persone dei rispettivi *contract managers*, presentano e discutono i casi in contenzioso: la fissazione delle udienze è determinata dal collegio dopo l'avvenuta, reciproca ricezione dei

---

rispettivi *claims* e *counter claims* che le parti si scambiano, rispettando i termini stabiliti dal *D.R.B. Agreement*<sup>64</sup>.

Gli atti del collegio possono avere natura di «decisioni»: anche se, generalmente, prevale lo strumento della «raccomandazione» in quanto il collegio mira, in maniera più «indiretta», ad invitare le parti ad adeguarsi, lasciando così maggior spazio all'autonomia contrattuale dei privati. La «raccomandazione» può, inoltre, rappresentare un prodromo per successive negoziazioni tra le parti, ovvero per un eventuale contenzioso presso la Corte arbitrale (e, quando ammesso, anche presso il giudice ordinario). Carattere definitivo (non essendo consentita alcuna forma d'impugnazione) connota, invece, lo strumento della «decisione» del *Dispute Review Board*: l'aspetto maggiormente interessante è rappresentato dall'impronta – anche in tal caso – «convenzionale» di tale definitività.

Il *contract manager* e/o il *construction lawyer* debbono provare la ragionevolezza della richiesta avanzata dal committente per i lavori «extra», in modo che vi sia «adeguamento» sia in termini di modifica del prezzo che di prolungamento del termine per l'esecuzione del contratto. Tale onere probatorio involge tre ambiti: legale, finanziario e tecnico: si tratta di svolgere un'accurata indagine concernente, rispettivamente, l'oggetto del contratto, l'impatto dei costi per l'impresa appaltatrice che evada la richiesta di *extra works* e, infine, l'adeguatezza degli strumenti tecnici approntati dall'appaltatore rispetto all'intero contenuto del contratto.

Come sopra accennato, la decisione del claim trova sede privilegiata in ambito negoziale e tecnico-arbitrale, e ciò sulla base di due *rationes* fondamentali: costi limitati e snellezza delle procedure (con conseguente rapida conclusione della controversia). Tale peculiarità porta ad approfondire l'importanza della «degjurisdizionalizzazione» della lite in materia di grandi progetti internazionali, nonché a sottolineare la naturale, perenne interdipendenza dei tre elementi citati, nella decisione delle controversie.

5. *Il claim nella prassi contrattuale internazionale.* - Lo studio del claim contribuisce non poco ad una nuova apertura, nell'ambito della teoria classica del contratto, ad una nuova strumentazione negoziale, tipica di un ambito di forte (e soprattutto continua) evoluzione, com'è quello della pratica degli affari. Nel *claim* la decisione della controversia non è basata sulla conformità del fatto alla norma (legislativa o convenzionale), bensì sulla esigibilità o meno dell'attività richiesta, e considerando la costante interdipendenza dei fattori giuridico, finanziario e tecnico: ciò che non accade, di norma, nella giurisdizione ordinaria. Tale innovativa figura contrattuale «aperta» viene così a realizzarsi nel momento in cui si ammetta come «il fatto» possa discostarsi dalla «norma», ogniqualvolta ciò conduca a rendere efficiente l'affare nella sua concreta fattispecie: le modifiche, in sostanza, debbono essere – purché giustificate in senso giuridico e tecnico-finanziario – rapportate costantemente alle esigenze che si presentano di volta in volta in *executivis*.

Nella contrattualistica internazionale (e non solo) i confini tra diritto, economia e tecnologia vengono a sbiadirsi, sino a confondersi tra di loro. Di fronte alla soluzione «adeguatrice» proposta dal giurista che lamenta la «violazione» della *lex contractus* (ad esempio, per modifiche effettuate all'oggetto del contratto) si contrappone quella – altrettanto ragionevole – proposta dal tecnico, che sottolinea la perfetta funzionalità dell'opzione tecnica eseguita (per quanto differente da quanto stabilito nel sinallagma genetico); e quella, infine, dell'economista, che rileva l'impatto negativo che avrebbe la richiesta del committente sui costi complessivi del progetto.

Il *claim* rappresenta un interessante tentativo di composizione dei vari interessi in gioco nell'operazione economica del contratto: non una soluzione assoluta (per ovvie ragioni di forte disomogeneità dei campi coinvolti), tuttavia uno strumento dai connotati sempre peculiari, rinvenibili sia in sede rinegoziativa che di fronte ad eventuali *Dispute Review Boards*.

Quanto al contenuto, la presentazione del claim alla controparte comporta, anzitutto, un'attività valutativa preliminare riguardante la sua fondatezza: in particolare, deve valutarsi il contenuto degli

---

obblighi contrattuali, sia per l'individuazione della norma contrattuale di riferimento del *claim*, che per la verifica di eventuale riscontro di elementi impeditivi alla sua presentazione. È necessario, infine, individuare gli elementi giustificativi della maggiorazione dei costi: elementi che debbono essere indicati dalla parte che intenda avvalersi del *claim*, con riferimento a tre possibili ambiti: temporale, costruttivo o finanziario.

Si rende necessario, a questo punto, il materiale probatorio, in relazione al quale si è soliti distinguere tra prove documentali, testimoniali, e consulenze tecniche di parte<sup>65</sup>. Tra le prove documentali rientrano: 1) l'*invitation to bid*: le specifiche tecniche, così come richieste dal committente; 2) la *bid proposal*: la proposta dell'appaltatore; 3) il *compliance statement*, in cui l'appaltatore dichiarava se e come si sarebbe conformato ai requisiti richiesti dal committente; 4) *le minute* degli incontri (*meetings*) intervenuti tra le parti, che hanno portato a discutere ed elaborare i requisiti che il committente richiedeva nella *invitation to bid*; 5) il contratto; 6) la corrispondenza tra le parti; 7) le analisi tecniche e finanziarie effettuate dall'appaltatore.

Prove testimoniali e consulenze tecniche di parte assumono, entrambe, la forma di relazioni tecniche (*reports*) in cui vengono illustrate le cause delle scelte tecniche effettuate<sup>66</sup>.

Il materiale raccolto va infine riordinato, affinché possa procedersi alla effettiva redazione del *claim*, sovente strutturato in sei parti differenti: 1) l'introduzione (*introduction*); 2) la fattispecie (*background*); 3) le questioni tecniche (*technical issues*); 4) il calendario dei lavori (*schedule*); 5) le spese da sostenere (*costs*) e, infine, 6) le conclusioni (*summary*).

Nell'introduzione trovano breve descrizione tutti i fattori causali del *claim*: dalla descrizione del progetto e del rapporto contrattuale, al momento cui gli eventi si riferiscono, al tipo di *claim* che viene presentato (da *extra works* o da ritardi), all'entità delle spese sostenute, etc. Quanto al *background*, vengono esposti gli obblighi contrattuali

delle parti, e vengono esaminati con maggiore accuratezza gli argomenti accennati in fase introduttiva. Il profilo più squisitamente tecnico (*technical issues*) dell'origine del *claim* va relazionato agli obblighi contrattuali, di talché sia rinvenibile la ratio fondamentale dell'avanzata proposta rinegoziativa. Il calendario lavorativo è volto a far rilevare l'impatto che le richieste «aggiunte» del committente (ovvero i ritardi dovuti a suoi atti e/o comportamenti), abbiano sortito sul piano dei tempi esecutivi dell'opera. I costi debbono trovare supporto in adeguato (in base alla prassi) materiale probatorio: fatture, copie di subcontratti, schede riepilogative dei tempi giornalieri di lavoro. La *summary* consiste, infine, in una valutazione finale del peso esercitato dagli elementi precedentemente richiamati, su di un piano di concausalità prodromica all'avanzamento del *claim*, con particolare riferimento a cause, responsabilità e costi aggiuntivi.

6. *La gradual convergence tra common law e civil law.*- Terminata la disamina degli elementi strutturali del *claim*, rimane da affrontare una delle questioni principali del presente studio, ossia quella attinente la sussistenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di una figura tipica cui poter ricondurre il *claim*; ovvero, in caso negativo l'introducibilità, in un ordinamento giuridico di *civil law*, di uno strumento rinegoziativo e «degiurisdizionalizzante» come quello appena esaminato.

Il codice civile italiano propone strumenti, in realtà, mai perfettamente sovrapponibili alla figura in esame. La verifica assume particolare significato ove si considerino i principi che regolano la materia delle sopravvenienze cui sono esposti i rapporti contrattuali distinti da un intervallo temporale tra la fase della programmazione e quella dell'esecuzione (nell'esperienza anglosassone, *relational contracts*): si pensi, ad esempio, alla domanda di risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.), alla variazione ordinata dal committente nel contratto di appalto (art. 1661 c.c.), alla proposta di transazione (art. 1965 c.c.).

Del resto il legislatore del '42, nel disciplinare il fenomeno delle sopravvenienze, ha dovuto provvedere ad un contemperamento di due opposte esigenze: da un lato quella di conferire sacertà ad un principio

---

come quello del *pacta sunt servanda*, che fa divieto di dare alcun tipo di rilievo alle modificazioni di fatto o di diritto sopravvenute al sinallagma genetico; dall'altro, quella di prevedere appositi strumenti giuridici con cui poter incidere – sempre nell'ottica conservativa contrattuale – sulla rilevanza dei fatti accaduti e poter, così, vanificare l'effetto di squilibri contrattuali sopravvenuti.

Le sopravvenienze pregiudizievoli delle aspettative e degli interessi connessi all'operazione economica sancita nel contratto trovano ostacolo, anzitutto, nei limiti e nelle condizioni predeterminate che bilanciano l'interesse alla stabilità del rapporto rispetto a quello della flessibilità: allo stato degli atti, trovano tutela e dignità normativa solamente le sopravvenienze perturbative della composizione degli interessi caratterizzate da eventi sottratti al giudizio di previsione delle parti, e tali, comunque, da superare la prevedibile oscillazione del rischio.

Nonostante la dottrina auspicasse una istituzionalizzazione della revisione delle condizioni negoziali quale scelta migliore per risolvere i problemi importati dalle sopravvenienze, la teoria generale del contratto si è prestata a «sancire» una forte carenza: quella di strumenti modificativi del contratto volti al recupero degli equilibri presenti in sede di elaborazione dell'assetto di interessi e della conseguente stipula. Il legislatore è pertanto rimasto privo sia di un obbligo rinegoziativo (ossia di un obbligo di attivazione al fine di rinvenire, concordemente fra le parti, una soluzione alle sopravvenienze), sia di un potere giudiziale d'intervento prodromico al riequilibrio del sinallagma funzionale.

Si è così arrivati alla codificazione del principio in base a cui l'evento imprevedibile consente, alla parte che ne abbia subito gli effetti, la risoluzione del rapporto, ma non il potere di riequilibrare il rapporto adeguando il valore economico-giuridico della prestazione al mutato contesto: è concesso, pertanto, di rimeditare sulla convenienza dell'affare (art. 1467 c.c.). La domanda di risoluzione per eccessiva onerosità, sebbene potenzialmente in grado di causare l'offerta di *reductio ad aequitatem* della controparte (art. 1467, 3° comma c.c.),

rappresenta l'antitesi a quanto perseguito dal claim: quest'ultimo, infatti (e come più volte accennato), ha quale principale funzione quella di eliminare gli squilibri sinallagmatici attraverso la via stragiudiziale (renegotiation) o tecnico-arbitrale (mediante ricorso al *Dispute Review Board*); la domanda risolutiva per eccessiva onerosità è, al contrario, un rimedio di natura giudiziale.

L'alternativa tra conservazione e risoluzione del rapporto prevista dalla teoria generale del contratto porta a chiedersi se i contraenti possano, a questo punto, «creare» convenzionalmente una revisione del contenuto contrattuale che ricalchi, se non altro, le esposte modalità proprie del claim.

La sottoscrizione di una clausola rinegoziativa, prevista per l'eventualità di determinate sopravvenienze (prevedibili e meno) mostrerebbe, da una parte, come ogni intervento dell'autonomia privata possa seguire una direzione diversa rispetto a quanto sistematicamente approntato dal legislatore per l'attività contrattuale (la prospettiva rinegoziativa non solo non è generalmente prevista dall'ordinamento, ma si mostra latamente contrapposta alla regola di cui all'art. 1467 c.c.); dall'altra, tuttavia, è facilmente sostenibile la sussistenza di meritevolezza degli interessi tutelati con la suddetta clausola: una volontà negoziale diretta alla conservazione del negozio e del suo equilibrio, ove si proceda ad una ricostruzione sistematica e ordinata dell'intero quadro normativo, rappresenta uno scopo senza dubbio meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. «Il nostro sistema, sia pure in modo discontinuo ed incompleto, ha elevato, infatti, in molte circostanze a valore fondamentale la conservazione del rapporto contrattuale e garantito in qualche misura l'originaria composizione dell'assetto di interessi pregiudicata da fatti intervenuti nella fase dell'esecuzione, produttivi di effetti giuridici diversi per misura e qualità da quelli previsti»<sup>67</sup>.

Il legislatore ha pertanto disciplinato alcune tipologie contrattuali c.dd. «ad esecuzione continuata o differita», attenuando il rigore del principio *pacta sunt servanda* in caso di sopravvenienze: l'eccessiva onerosità sopravvenuta viene così ad emanciparsi «dalla rigida e

---

formalistica alternativa tra immutabilità e risolubilità del rapporto, per divenire presupposto idoneo ad azionare il meccanismo modificativo, che costituisce lo strumento attraverso il quale è possibile conservare ed attuare in parte o in tutto gli interessi sostanziali che le parti avevano originariamente concordato»<sup>68</sup>.

Concludendo sul punto, l'art. 1467 c.c. è la dimostrazione del contemperamento operato dal legislatore tra le ragioni dell'autonomia contrattuale e le esigenze legate all'economia dell'affare: le prime, garantite dal rimedio «estintivo» della risoluzione (1° comma); le seconde, da quello «conservativo» della *reductio ad aequitatem* del contratto (3° comma).

Solo con riferimento a tale ultimo rimedio, tuttavia, può parlarsi di reale mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico del contratto, e di conservazione dell'originario assetto degli interessi dei contraenti, grazie all'adeguamento del contratto al mutamento delle circostanze. Tale procedimento «adeguatorio», se in genere si risolve in un modifica quantitativa della controprestazione monetaria (in aumento o diminuzione), altre volte, con particolare riferimento a fattispecie contrattuali più o meno complesse, può riguardare ogni singola previsione negoziale<sup>69</sup>: ciò al fine di garantire stabilità e mantenimento del contratto, nella costante ottica del contemperamento dei contrapposti interessi negoziali.

Sono diverse le disposizioni normative improntate allo strumento revisorio, tanto da potersi ritenere che, in linea di principio, l'ordinamento giuridico abbia finito col riconoscerci una portata generale<sup>70</sup>: si pensi, oltre che all'art. 1467 c.c., a quelle disposizioni dettate dal nostro legislatore con riferimento ad alcune specifiche fattispecie contrattuali.

In materia di affitto, l'art. 1623 c.c. ammette la possibilità di chiedere al giudice una modificazione incrementativa o diminutiva del canone concordato se, in conseguenza di una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto

contrattuale risulti «notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio»<sup>71</sup>: attraverso la previsione in parola il rimedio perequativo viene, dunque, attribuito ad entrambi i contraenti, e la sua operatività condizionata al prodursi di fattori di squilibrio aventi fonte normativa. Quanto all'art. 1622 c.c., si tratta di una disposizione volta alla esclusiva tutela dell'affittuario, in quanto le riparazioni eseguite in itinere possono produrre delle perdite, impedendo al medesimo una corretta gestione produttiva della cosa locata: viene pertanto previsto un adeguato ristoro per l'affittuario, mediante ottenimento di una riduzione del canone in maniera proporzionata sia alla durata delle riparazioni, che al valore della cosa temporaneamente sottratta al concordato godimento.

L'art. 1897, in materia di assicurazione, mira a regolare il fenomeno della diminuzione del rischio nel caso in cui, in corso di esecuzione del rapporto contrattuale, diminuisca il grado di probabilità che si verifichi l'evento incerto, delineandosi uno squilibrio tra rischio e premio delineato in sede di stipulazione del contratto: tutto ciò ad esclusivo danno dell'assicurato. Caso, anche questo, di forte temperamento dell'oramai non più granitico principio *pacta sunt servanda*, in quanto il legislatore ha concesso alla parte assicurata il diritto all'ottenimento della riduzione del premio da corrispondere, previa notifica all'assicuratore delle mutate condizioni negoziali<sup>72</sup>. Come avviene per la generale disciplina ex art. 1467 c.c., anche in tal caso l'interesse dell'assicurato alla conservazione del rapporto di equivalenza tra le prestazioni può soccombere di fronte all'eventuale esercizio della facoltà, da parte dell'assicuratore, di non subire la richiesta di riduzione e di recedere, pertanto, dal rapporto contrattuale «con giusta causa».

È tuttavia – e come più volte visto sub § 3) – pro contratto di appalto che l'ordinamento mostra preferenza per il rimedio revisorio volto alla risoluzione delle questioni afferenti sopravvenute circostanze, ossia le alterazioni della corrispettività nei contratti. In base all'art. 1664, 1° comma c.c., «qualora per effetto di circostante imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione

---

superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del corrispettivo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo». Prosegue il 2° comma, prevedendo il diritto ad un equo compenso a vantaggio dell'appaltatore, qualora «nel corso dell'opera» si manifestino difficoltà esecutive dovute a «cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore» medesimo.

Il diritto alla revisione del prezzo è così previsto a favore di entrambe le parti contrattuali (dell'appaltatore, in caso di aumento del costo della prestazione; del committente, in caso di diminuzione): unici limiti alla relativa esercitabilità sono costituiti dal mutamento dell'economia del contratto nella misura predetta, nonché circostanze non prevedibili dalle parti<sup>73</sup>. In presenza dei presupposti richiesti dall'art. 1664, 1° comma, c.c. la parte svantaggiata dalle sopravvenienze avrà la possibilità di esercitare il diritto alla revisione, che – salvo diversa volontà delle parti – avrà effetto esclusivamente per la parte di maggior costo della prestazione, superiore al decimo del corrispettivo pattuito: pertanto, in via principale, si avrà revisione di natura convenzionale, promanante da rinegoziazione tra appaltatore e committente, la quale lascerà il posto al diritto ad un adeguamento giudiziale (per il contraente svantaggiato) solo in caso di mancato accordo sui termini rinegoziativi.

Come accennato, il 2° comma dell'art. 1664 c.c. prevede, a favore del solo appaltatore, la possibilità di modificare il corrispettivo d'appalto: è da notare che, nell'individuazione e nella disciplina di ulteriori ipotesi adeguate, volge al «metodo» adottato dall'art. 1467 c.c. Pare di poter ravvisare, infatti, un parallelo tra gli elementi rispettivamente previsti dagli artt. 1664, 2° comma e 1467 c.c.: della «notevole onerosità» e dell'«eccessiva onerosità», da una parte; tra il ricorso ad un «equo compenso» e ad un'«equa modificazione delle condizioni» contrattuali, dall'altra. Sia l'art. 1664, 2° comma che l'art. 1467 c.c. agiscono sul rapporto contrattuale il cui equilibrio ha subito un perturbamento a causa degli eventi sopravvenuti; inoltre prevedono, entrambe, lo strumento della revisione del negozio (strumento purtuttavia disciplinato, dalle

due disposizioni, in maniera differente).

Quanto alla disciplina concernente la risoluzione del contratto per «eccessiva onerosità sopravvenuta» della prestazione, la parte colpita dalla sopravvenienza ha diritto esclusivamente a chiedere – previa sussistenza dei requisiti indicati nell’art. 1467 c.c. – lo scioglimento del contratto, la revisione essendo «relegata» a mera facoltà, in capo alla parte avvantaggiata dalle circostanze sopravvenute, al fine di impedire (e in linea con la tutela apprestata dal legislatore all’interesse alla conservazione ed attuazione del piano di interessi originariamente delineato) l’altrui azione e, conseguentemente, la risoluzione del contratto.

Quanto alla disposizione prevista per il contratto di appalto, lo strumento revisionistico «gode» di ben altre prospettive di azionabilità (e certamente più in linea sia con i principi generali del legislatore italiano, che con gli strumenti apprestati dagli ordinamenti angloamericani): in tal caso, infatti, l’art. 1664 c.c. appresta in capo alla parte svantaggiata un vero e proprio diritto (senza «alternative» magari non propriamente volute quali – per l’appunto – la risoluzione del contratto) di rispondere, all’alterazione dei termini contrattuali causata da sopravvenienze, con l’ottenimento della revisione del corrispettivo originariamente pattuito<sup>74</sup>.

Come già delineato, il legislatore privilegia la conservazione del contratto, escludendo che, in caso di eventi rilevanti, le parti abbiano altra possibilità se non quella di chiedere la revisione del corrispettivo<sup>75</sup>. Ancor più chiara tale ratio a proposito dell’art. 1664, 2° comma c.c., in cui lo strumento di rinegoziazione mira ad evitare la risoluzione di un contratto come quello di appalto che, per sua natura, rappresenta un’operazione economica la cui «disfatta» avrebbe ripercussioni negative sull’interesse economico non solo particolare dei contraenti, bensì anche generale.

La disciplina della revisione del corrispettivo per lavori ulteriori nell’appalto contribuisce pertanto ad allineare il diritto italiano dei

---

contratti con il complesso, più «internazionale», degli strumenti di gestione dei rischi propri dell'operazione economica in executivis: la pretesa intangibilità del contenuto contrattuale (basata su di un – a volte malinteso – principio di autonomia dei privati) viene lentamente a perdere la sua connotazione di assolutezza, per lasciar spazio alla concreta dinamica dei contratti di durata e, più in generale, della pratica degli affari<sup>76</sup>.

L'esposta realtà normativa consente, pertanto, di mostrare come il legislatore, in maniera non proprio sistematica e purtuttavia incisiva, abbia inteso limitare l'operatività dei principi dogmatici e formalistici, peculiari della teoria generale del contratto in materia di circostanze sopravvenute valorizzando, perciò, gli strumenti riequilibrativi dell'assetto di interessi predisposto ab origine dalle parti. Pertanto, tale processo di «rilettura» in chiave estensiva del principio conservativo del contratto (*cum originario equilibrio*) rende senz'altro meritevole di tutela la clausola di rinegoziazione che, del medesimo, costituisce certamente espressa manifestazione.

In conclusione, l'ambito regolamentare di alcuni settori propri della prassi internazionale degli affari mostra, da tempo, una forte tendenza al sempre più ampio assottigliamento dei confini tra contratto c.d. interno e contratto internazionale: le determinazioni assunte dai privati con quest'ultimo dimostrano infatti come, una volta superato il giudizio di compatibilità con l'ordinamento interno, il contratto internazionale espliciti i suoi modelli ed effetti anche in esso, destando interesse verso strumenti di gestione contrattuale prima sconosciuti o dal legislatore (incolpevolmente) ignorati. È il caso, ad esempio, della questione concernente l'applicabilità, al contratto di appalto così come disciplinato dall'ordinamento italiano, di strumenti di gestione previsti per il *construction contract* negli ordinamenti di *common law*.

Il *claim*, infatti, opera in senso positivo per le parti contraenti sotto un profilo sia economico che giuridico, in quanto – come osservato sub § 4 -5 è volto a regolamentare in maniera quanto più dettagliata le contingenze che, pur eventuali, si presentano nella ordinaria prassi contrattuale di

certi settori. La conseguenza dell'inserimento, in ordinamenti di *civil law*, di tale strumento, darebbe certamente origine ad un progressivo approccio metodico a soluzioni economicamente sempre efficienti e, soprattutto, caratterizzate da una *ratio* «degiurisdizionalizzante» di situazioni dall'efficienza economica cagionevole che, in quanto tali, rimarrebbero – nell'attuale sistematica del legislatore italiano – prodromiche ad un inevitabile giudizio contenzioso: va ricordato infatti che il *claim*, oltre a rappresentare strumento di previsione di elementi perturbativi dell'equilibrio contrattuale, costituisce un mezzo alternativo (e soprattutto meno dispendioso sia in termini di tempo che monetari) al contenzioso ordinario.

Un richiamo all'ormai pacificamente riconosciuto fenomeno di gradual (seppur ancora lenta) convergenza tra ordinamenti di *common law* e *civil law* può risultare, pertanto, utile per una valutazione concernente l'utilizzo del *claim* nell'ordinamento italiano: non bisogna dimenticare infatti come, pur in presenza di innegabili differenze fra i due sistemi, vi siano oramai anche reciproche convergenze<sup>77</sup>, e, nell'ottica delle medesime, sia sempre maggiore l'esigenza di una maggiore flessibilità del rapporto contrattuale connotato dal fattore tempo; elemento che, unito all'intento degiurisdizionalizzante delle soluzioni a situazioni di contenzioso, assume valenza sia negli ordinamenti di *common law* che in quelli di *civil law* alla ricerca di strumenti rinegoziativi legali e generalizzati.

---

**Note di chiusura:**

1. Sulla c.d. rinegoziazione del contratto e i rapporti con istituti volti al ristabilimento dell'equilibrio contrattuale turbato dalle sopravvenienze v. i lavori di P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 243 s.; ID., *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; ID., *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 431 s.; ID., *Dai rimedi ablativi a quelli conservativi in materia contrattuale*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, III, Torino, 2009; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 s.; ID., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 493 s.; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 390 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 1041 s.; M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze perturbative e la revisione contrattuale*, in *Studi in memoria di Giovanni Cattaneo*, I, Padova, 2002, p. 147 s.; ID., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002; F.P. TRAISCI, *Sopraavvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003, pp. 96, 329-331 e 358 s.; R. SACCO, *Le sopravvenienze atipiche*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, t. II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, pp. 722-725; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; And. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, t. IV, Torino, 2004, p. 147 s.; F. GALGANO, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in *Dir. civ. comm.*, II, t. 1, Padova, 2004, p. 646 s.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 539; ID., *La rinegoziazione del contratto – Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; G. CRISI, *Gli istituti del diritto privato*, 3ª ed., II, Napoli, 2006, p. 97 s.; G. Sicchiero, *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., II, Torino, 2003, p. 1200 s.; ID., *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 937 s.; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in U. DRAETTA, C. VACCA (a cura di), *Inadempimento, adempimento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 299 s.; C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in R. TOMMASINI (a cura di), *Sopraavvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, p. 492 s.; A. PICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, p. 136 s.; G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, pp. 45 ss., 113 ss.

2. Cfr., sul punto, V.M. CESÀRO, Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, Napoli, 2000, p. 23. Quanto alla necessità di introdurre, in ambito nazionale, nuovi strumenti a tutela, anzitutto, della conservazione dell'equilibrio contrattuale venuto meno in itinere, si vedano le (per quanto «risalenti», ancora fortemente attuali) osservazioni di F. GRANDE STEVENS, Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata, in N. LIPARI (a cura di), Diritto privato europeo e categorie civilistiche, Napoli, 1998, p. 197, il quale rileva come, a proposito dei contratti c.dd. di durata «alle giuste esigenze dei traffici, all'applicazione dei principi del mercato manca ormai soltanto un passo perché il diritto del mercato riconosca ufficialmente e generalmente il rimedio dell'obbligo di rinegoziazione [...]. Rimedio, al quale si può dare adesione spontanea o esecuzione coattiva, ma che non appare più a lungo eludibile».

3. Si vedano, in proposito, le osservazioni di T. MAUCERI, Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto, in Europa dir. priv., 2007, p. 1098, il quale nota come «il quesito circa la fondabilità o meno di regole di distribuzione del rischio non previste dalla legge» necessiti di «un percorso di indagine radicalmente diverso da quello che va imboccato quando ci si chiede, invece, se l'interprete possa rideterminare o completare il tipo di tutela che il legislatore ha apprestato nel dare rilevanza a una sopravvenienza»; ciò in quanto, spesso, «Nella dottrina della revisione le due questioni e, quindi, i correlativi percorsi di indagine vengono spesso sovrapposti e confusi. A volte, si discutono come se fosse in gioco l'alternativa risoluzione/revisione questioni in cui, invece, il vero nodo da sciogliere è se una circostanza impreveduta debba o no rilevare. Altre volte, invece, è obiettivamente in gioco l'alternativa risoluzione/revisione del contratto, ma si fonda la regola della revisione traendo argomento dall'irrazionalità di una (inesistente) regola implicante l'irrelevanza della sopravvenienza e la correlativa prosecuzione invariata del rapporto».

4. Ad effettuare, ad esempio, un raffronto con gli ordinamenti giuridici di common law è possibile notare la totale assenza di regolamentazione delle variazioni di natura quantitativa, da cui la questione dell'estensibilità analogica dei meccanismi di tutela previsti per le variazioni qualitative, ossia la frustration of contract, la impracticability o, ancora, l'imprevision: sul punto ancora T. MAUCERI, op. cit., p. 1099.

5. Tale distinzione è rinvenibile in A. BELFIORE, Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie, in Scritti in onore di G. Auletta, II, Milano, 1988, p. 276 s.; v., inoltre, ID., Risoluzione del contratto per inadempimento, in Enc. dir., XL, Milano, 1989, p. 1326; v. ancora C. CAMARDI, Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione, Milano, 1997, pp. 76 s. e 313 s.

In prospettiva comparatistica è interessante notare come la tradizionale distinzione tra

---

problemi di equivalenza delle prestazioni (Äquivalenzstörung) e problemi di frustrazione dello scopo del contratto (Zweckvereitelung), propria del sistema tedesco, abbia lasciato il passo alla recente versione del § 313 BGB: «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderen Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung alle Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrag geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrecht tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung» (cfr., per una disamina più completa, F.P. TRAISCI, op. cit., p. 156 ss.).

6. Quanto alle variazioni quantitative il riferimento è agli artt. 1467, 1468, 1664 c.c.; variazioni qualitative sono disciplinate, quanto alla parte generale, dagli artt. 1463 e 1464 e, con riferimento a contratti specifici, dagli artt. 1623, 1660, 1664, comma 2, 1896, 1897 nonché 1926 c.c.

7. V., in proposito, le osservazioni di T. MAUCERI, op. cit., p. 1100 s.: «Si può pensare che le differenze di disciplina sommariamente accennate traducano scelte saldamente fondate sulla diversa dialettica degli interessi in gioco a seconda che la variazione sopravvenuta sia di tipo qualitativo o, invece, quantitativo, ma si può anche coltivare l'idea che quelle differenze siano irrazionali o, comunque, espressione di un legislatore distratto. Resta, in ogni caso, che non si dovrebbero meccanicamente utilizzare indici normativi attinenti ad un sistema di variazioni per rideterminare in via interpretativa la portata delle disposizioni dell'altro. E, invece, nella dottrina della revisione viene spesso profilata la traslazione meccanica – e, perciò, priva del necessario retroterra di analisi – di norme e principi da un sistema all'altro, sicché non è del tutto strano che in detta dottrina ormai confusamente convivano due filoni di pensiero diversi, incentrati, a volte, sulle variazioni quantitative e, altre volte, sulle variazioni qualitative».

8. Così A. PALAZZO, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. XXIII.

9. Da tenere presente, con riferimento alla prassi in tema di claim, la considerazione di G. AMORE, op. cit., p. 119 s.: «Anche per tale ragione, è agevole comprendere perché nella prassi contrattuale prevalga la previsione dell'obbligo di rinegoziazione del

contratto, che, a differenza della facoltà e in caso di eventuale rifiuto immotivato della controparte obbligata a rinegoziare, non impedirebbe il soddisfacimento dell'interesse del titolare della pretesa».

10. Con riferimento alle questioni relative all'incidenza della «discrezionalità tecnica», che connota determinate tipologie contrattuali, si veda l'attenta disamina effettuata da A. SASSI, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 396, il quale nota come, in «tutti quei contratti caratterizzati da una discrezionalità tecnica, in cui una parte svolge la propria prestazione in autonomia, assumendo di volta in volta un'obbligazione di mezzi o di risultato, quali il contratto d'opera e l'appalto», si proceda «ad una determinazione di massima dell'oggetto del contratto (al fine di soddisfare i requisiti di cui all'art. 1346 c.c.), che assume connotati più precisi nella fase attuativa». Sulla stessa linea, N. HORN, *The concept of adaptation and renegotiation in the law of transnational commercial contracts*, in AA.VV., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, 1985, p. 4. , il quale sottolinea come, molto spesso, la natura complessa delle operazioni contrattuali rende impossibile alle parti anticipare e definire tutte le sopravvenienze.

11. Come ricorda V.M. CESÀRO, *op. cit.*, p. 23, si parla di clausole rinegoziate in termini di regole convenzionali nelle quali la volontà delle parti volta ad una cooperazione non è ferma alla fase redazionale del contratto, estendendosi, al contrario, ai «momenti critici dell'esecuzione». Tra le regole che, analogamente alle clausole rinegoziate, hanno come fonte l'autonomia negoziale e vertono ad una tecnica di gestione delle sopravvenienze, e, diversamente dalle medesime, non innescano un procedimento rinegoziativo dell'assetto degli interessi, si annoverano le clausole «di adeguamento» e «di indicizzazione», che consentono una gestione dei mutamenti del valore della moneta, ostacolando il principio nominalistico di cui all'art. 1277 c.c. Sempre V.M. CESÀRO, *op. cit.*, pp. 23-24, nt. 12, osserva, a proposito delle clausole di indicizzazione come le medesime siano, in realtà, «inadeguate alle esigenze di adattamento del contenuto contrattuale», e ciò «non solo alla luce della considerazione che esse presentano un campo di applicazione limitato, concernendo unicamente la prestazione pecuniarie, e non coprendo, quindi, altre situazioni di rischio, ma soprattutto in ragione del fatto che, sebbene la loro previsione nel regolamento contrattuale lascia intendere la volontà negoziale di preferire la soluzione modificativa rispetto a quella risolutiva, tale obiettivo spesso non viene realizzato. Ed invero, le due tecniche non operano sullo stesso piano, cosicché sarebbe inesatto ritenere che la previsione di clausola di indicizzazione escluda in modo assoluto la possibilità di azionare la

---

tutela risolutoria di cui all'art. 1467 cod. civ. Il meccanismo di adeguamento della prestazione pecuniaria finisce, infatti, per fissare convenzionalmente l'alea contrattuale senza escluderla del tutto, ben potendo sopraggiungere eventi di natura e portata eccezionale, quali ad esempio il crollo del valore della moneta, che siano tali da rendere non adeguati i parametri prescelti. In questi casi la regola di indicizzazione non rappresenta una barriera convenzionale adeguata agli scopi per cui sia stata prevista, rendendo di conseguenza possibile il ricorso al rimedio risolutorio previsto dalla norma codicistica». Su tale linea: P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 94; C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, 5, Milano, 1994, p. 403. Cfr., inoltre, le disamine di E. QUADRI, *Clausola di garanzia monetaria (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; S.E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento del contratto commerciale internazionale*, in *Contr. impr./Europa*, 1998, p. 755 s., il quale differenzia le clausole rinegoziate da quelle c.d. «di adattamento automatico» (revisione dei prezzi, indicizzazione, scala mobile), dal momento che le prime «non costituiscono un adattamento automatico, ma richiedono nell'impegno a negoziare il contratto la partecipazione delle stesse parti». In giurisprudenza cfr. Cass., 29 giugno 1981, n. 2429, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2132, con nota di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*; Cass., 21 giugno 1985, n. 3730, in *Mass. Giust. civ.*, 1985.

12. Si vedano tuttavia, a tal proposito, le osservazioni di V. LOPILATO, *La rinegoziazione*, in *Diritto e Formazione*, 2005, p. 1476, nt. 16, il quale parla di una «schematizzazione di comodo, essendo evidente che le parti in questo settore, godendo di una ampia autonomia, ben possono dar vita a clausole dal contenuto più vario e atipico». Interessanti, inoltre, le considerazioni di VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 331, il quale nota come «le parti aggiungeranno una clausola relativa ad una determinata circostanza solo se il costo della sua predisposizione» risulti «inferiore al beneficio che ci si attende. Questo determina una relazione tra contenuto del contratto e individuazione delle informazioni rilevanti, dato che l'informazione rilevata troppo costosa non verrà presa in considerazione al momento della predisposizione della griglia contrattuale. In presenza quindi di elevati costi transattivi, una risposta efficace in termini giuseconomici può essere quella per le parti di utilizzare formule generiche in modo da garantire al contratto la necessaria flessibilità. In questo modo sarebbe agevole attendere che le sopravvenienze rilevanti si concretizzino, e quindi negoziare sulla base del nuovo patrimonio conoscitivo acquisito».

13. Come ricorda V.M. CESÀRO, *op. cit.*, p. 154, a proposito, ad esempio, di clausole in

cui la rinegoziazione del contratto sia genericamente prevista in ragione di circostanze definite «imprevedibili», o di variazioni sostanziali dell'economia contrattuale. Tale tipologia di clausole, in cui il diritto alla rinegoziazione del contenuto contrattuale è prospettato in termini decisamente generici, «appesantirebbe oltremodo la vicenda negoziale, costringendo le parti a sedersi continuamente al tavolo delle trattative per procedere alla revisione delle condizioni negoziali» ed, eventualmente, a rivolgersi al giudice. Ancora, sul punto, P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto privato italiano*, p. 305, il quale sottolinea (paventando l'invalidità delle stesse) come clausole che rinviano a determinazioni future delle parti una o più specificazioni del regolamento contrattuale, debbano contenere criteri certi sulla base dei quali, poi, indicare le modalità operative. Non rinvia elementi invalidanti, invece, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 337 ss., in base al quale, in riferimento alle clausole rinegoziative dal contenuto generico, più che un problema di invalidità, si porrebbe una questione afferente alla mera interpretazione di tali clausole, e, nonostante i rischi connessi all'utilizzo delle medesime, una «sanzione di nullità per indeterminabilità delle prestazioni dedotte nella clausola può apparire incongrua rispetto all'interesse delle parti a pianificare la prosecuzione del rapporto»: ciò in quanto, più che riconoscere rilevanza al fatto che l'accordo rinegoziativo appaia non compiutamente definito quanto a termini e presupposti, l'elemento davvero rilevante sarebbe esclusivamente da rinvenire nel fatto che «le parti si rimettono all'evoluzione del rapporto», impegnandosi concretamente al riconoscimento di tutte le contingenze atte a rendere iniqua la modificazione dell'assetto di interessi proprio del sinallagma genetico.

14. Si veda, in proposito, V.M. CESÀRO, op. cit., p. 150, nt. 131, secondo il quale la ratio è facilmente rinvenibile nella considerazione che, se la clausola rinegoziativa è diretta ad inserire nell'operazione economica un meccanismo volto alla gestione di eventuali, eppur ben individuate circostanze dall'effetto sperequativo in executivis, «l'applicazione estensiva della clausola concretizzerebbe una diversa economia del contratto. Se ne fa conseguire, quindi, che alla rinegoziazione può procedersi esclusivamente per quei fatti indicati nella clausola e non anche per eventi diversi che, in quanto non previsti, rivelano una indifferenza delle parti al loro verificarsi e, soprattutto, alle conseguenze che essi determinano»; cfr. sul punto, altresì, M. COSTANZA, *Le clausole di rinegoziazione e la determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV. *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, p. 315; o, ancora, N. HORN, op. cit., p. 4.

15. Cfr. M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*,

---

Paris, Forum européen de la communication, 1990, p. 262 s. Tuttavia, come nota V.M. CESÀRO, op. cit., p. 150, «tale formulazione, [...] evidentemente diretta a prevenire gli effetti distorsivi che derivano dall'utilizzazione esclusiva di uno dei due criteri, non è idonea a realizzare siffatto risultato dal momento che la mera combinazione non esclude il fatto che essi si applicano autonomamente». Rimane tuttavia un esempio di tale tipologia di clausole, dimostratosi nella prassi decisamente funzionale (e per la cui disamina è fatto rinvio al § 3 del presente lavoro): la clausola di claim, la quale, una volta inserita nel c.d. construction contract (ossia l'«appalto d'opera» di derivazione anglosassone), sta ad indicare termini e presupposti di operatività (sia generici che specifici), nonché le modalità procedurali per apprestare la rinegoziazione degli elementi contrattuali.

16. Cfr. sul punto F. MACARIO, Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare, in Riv. dir. civ., 2002, I, p. 76.

17. Quanto alla giurisprudenza si veda, ex multis, Cass., 3 ottobre 1977, n. 4198, in Foro it., 1979, I, c. 86. Tra gli studiosi che propendono per una lettura in senso restrittivo del principio di adeguamento contrattuale vi è D. ANGELO, Contratto e operazione economica, Torino, 1992, p. 311 ss., nonché E. GABRIELLI, Alea e rischio contrattuale, Napoli, 1997, p. 31.

18. Così F. MACARIO, Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine, cit., p. 320, per il quale «ritornano utili, ed anzi necessari, tutti i riferimenti al principio di buona fede, sia nell'interpretazione sia nell'esecuzione del contratto, potendosi innanzitutto ipotizzare, ex art. 1366 c.c., che le parti avrebbero comunque trattato per la conclusione del contratto (perché questo corrisponde ai loro interessi), ma sulla base delle attuali condizioni, dal momento che sarebbe non solo svantaggiosa, ma del tutto irragionevole, una negoziazione impostata su una situazione di mercato non rispondente alla realtà».

19. Ampio quadro inerente origini e disamina della Teoria dei relational contracts è rinvenibile in: I.R. MACNEIL, The New Social Contract, New Haven, 1980; ID., Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law, in Northwestern University Law Review, 1978, p. 340. Critico verso tale impostazione è, invece, M. BARCELLONA, Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze, in Europa dir. priv.: «La dottrina del relational contract, dunque, si dimostra un mero espediente per proclamare un obbligo di rinegoziazione il cui unico senso consiste nell'approdo all'adeguamento giudiziale del contratto, ossia una mera impalcatura ideologica rivolta solo a legittimare, attraverso il

riferimento a valori [...] un intervento del giudice che ha, invece, natura solo funzionale. Ma per un altro verso, proprio a causa di questa natura fondamentale ideologica, [...] manca di definire con adeguata pregnanza le condizioni alle quali un siffatto intervento appare giustificato».

20. In proposito si rinvia a quanto riportato infra, § 2.

21. Cfr., in proposito, M.J. BONELL, *I Principi Unidroit nella pratica. Casistica e bibliografia riguardanti i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 2002, p. 319 ss.

Per una disamina attenta e completa del ruolo di equità e buona fede nel nuovo contesto del c.d. «Diritto privato europeo», si veda A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 118 ss., nonché ID., *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 351 ss.

22. Si pensi, ad esempio, al § 2-209 dell'americano U.C.C. (Uniform Commercial Code), secondo il quale, in deroga ai principi generali in tema di modificabilità del contratto, «l'accordo modificativo di un contratto (commerciale) non necessita di consideration [o «causa»] per essere valido e vincolante», ma deve rispondere al requisito della buona fede (good faith); si veda, inoltre, il § 89 restatement second, alla cui stregua sono altrettanto validi e vincolanti gli accordi modificativi, i quali, pur avendo ad oggetto un obbligo preesistente che escluderebbe per regola generale (c.d. preexisting duty rule) la validità e l'efficacia di tali accordi, siano stati stipulati a seguito del verificarsi di difficoltà impreviste, e risultino conformi al parametro della correttezza o buona fede. In proposito, è da precisare come l'Uniform Commercial Code (U.C.C.) del diritto americano risulti applicabile ai c.d. contratti commerciali che abbiano ad oggetto beni di consumo (transaction in goods) e le sue norme sono da considerarsi fully authoritative. Osserva in proposito R.A. HILLMAN, *Policing contract modifications under the UCC: good faith and the doctrine of economic duress*, in *Iowa Law Review*, 1979, p. 849: «principale scopo dell'UCC è quello dell'espansione del commercio attraverso la contrattazione». Il § 2-209 [...] è stato introdotto affinché [le parti] possano adattare il rapporto alle nuove circostanze»: tale codice «rifiuta la restrittiva “regola del dovere preesistente”, che ostacola validità ed efficacia di una modifica contrattuale non supportata da additional consideration».

23. Così G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723. Si tratta di affermazione che trova le proprie radici concettuali in S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 118, in base alle quali, anche accertata la tassatività dell'elenco di

---

cui all'art. 1374 c.c. (leggi, usi, equità), possono comunque rinvenirsi altre norme positive inquadrabili quali fonti integrative: della correttezza, infatti, la «considerazione legislativa non può essere messa in dubbio». Sul punto si veda, inoltre, E.M. PEDRAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 647 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; V. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.

24. Cfr. il noto caso *Fiuggi*, deciso da Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 (con nota di Carbone).

25. Così C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 501. Ancora, sul punto, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 631, il quale nota come sia il giudice a dover «stabilire, in concreto, ciò che è secondo buona fede e ciò che è contrario a buona fede; ma il giudice non si avvale di un proprio concetto di correttezza o di lealtà; deve tenere conto delle regole del costume, che possono essere molto più elastiche e spregiudicate del suo personale concetto di correttezza. L'applicazione della clausola generale di buona fede non è, se non in senso quanto mai lato, applicazione della legge; è, propriamente diritto giurisprudenziale: applicazione di *regulae iuris* create dal giudice, a ciò abilitato dalla legge».

26. Così F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 639 s.

27. In proposito, P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 379, il quale nota come, in quanto nell'ordinamento italiano risulta «prevista la possibilità di giungere a risoluzione del contratto nei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta, sarebbe sufficiente [...] interpretare estensivamente la disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta [...] in modo tale da ritenere che il giudice possa concedere anche il rimedio della revisione del contratto; e questo in base alla considerazione che si tratterebbe di un minus rispetto al rimedio estremo della risoluzione. Del resto proprio questa è la via generalmente seguita in ordinamenti come per esempio quello argentino, nei quali è stata introdotta una normativa sull'eccessiva onerosità sopravvenuta a chiaro modello italiano».

28. Si veda in proposito il commento a Cass., 27 agosto 1987, n. 7063 di G.M. UDA, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 365: «nell'esecuzione del contratto, l'agente - la cui obbligazione fondamentale consiste nello svolgimento, nella zona assegnatagli, di attività diretta a promuovere, per conto del preponente, la conclusione di contratti - deve comportarsi secondo buona fede e con la diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata. Ne consegue che egli non può limitare a suo piacimento le prestazioni per il solo fatto che la provvigione è proporzionale agli affari promossi, ma deve porre in essere un'attività quantitativamente

e qualitativamente normale ed uniformare il proprio comportamento ai suindicati precetti, la cui inosservanza ben può essere invocata dal preponente come causa di risoluzione del contratto e di risarcimento dei danni, soprattutto quando sia specificamente previsto un determinato livello minimo di produzione, che segna la misura dell'interesse del preponente alla conservazione del vincolo contrattuale, e sia pattuita la clausola risolutiva espressa in relazione al mancato raggiungimento di quel risultato».

29. Cfr. in proposito, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 327, il quale nota come «il silenzio delle parti non significherebbe allocazione tacita del rischio, ma, più semplicemente, ragionevole rinuncia ad allocarlo, senza che ciò implichi ragioni di biasimo o effetti giuridici pregiudizievoli per il contraente che, astrattamente, avrebbe potuto assumerlo, e con la conseguenza che il ruolo dell'imprevedibilità viene ad essere ricoperto dall'idea, ben diversa, di "mancata previsione"».

30. Sul punto, cfr. M. BARCELLONA, op. cit., p. 489, il quale afferma come risulti impossibile da immaginare «che una [...] tacita volontà negativa distingua tra rischio regolato dall'art. 1467 (ossia, propriamente, il rischio quantitativo) ed il rischio esorbitante da tale previsione normativa (ossia, fondamentalmente, il rischio qualitativo) e si limiti ad assumere ad oggetto solo quest'ultimo». Contra C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine*, cit., p. 538, che afferma da una parte come, «qualora si accedesse all'opinione secondo cui, per tutti i rapporti contrattuali a lungo termine, esiste una regola generale di adeguamento fondata sulla clausola della buona fede [...] ci si dovrebbe imbattere in un problema ricostruttivo di non poco conto, costituito dalla difficoltà di conciliare il rimedio revisionale con l'istituto dell'eccessiva onerosità», mentre dall'altra come «l'obbligo di adeguamento ex lege» non elida «la disciplina di cui all'art. 1467 c.c. Le due figure sembrano destinate ad una reciproca integrazione», ossia «l'obbligo di rinegoziazione» avrebbe origine nel momento in cui «l'esecuzione di una delle prestazioni» si sia rivelata «eccessivamente onerosa; la domanda di risoluzione per eccessiva onerosità» scatterebbe, così, nel momento in cui il «promissario» non abbia «consentito di ricondurre ad equità, secondo buona fede, i termini dell'accordo divenuti inattuati», ossia privi dell'originario equilibrio.

31. Su tale linea cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 179 s., il quale afferma come «L'inderogabilità della normativa di correttezza da parte dei privati, allora» non possa «essere messa in dubbio; e la stessa soluzione deve essere raggiunta nel caso di contrasto con norme dispositive, comunque derogabili dai privati e che, a maggior forza, devono cedere ad un opposto principio di diritto»; ancora, sul punto, cfr. Cas., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081,

---

che afferma come, in un contratto di leasing, la clausola di aggravio, sull'utilizzatore, del rischio della mancata consegna, costituisce violazione del principio di esecuzione contrattuale secondo buona fede, risultando pertanto invalida.

32. Su tale istituto, di origine dottrinal-giurisprudenziale, si veda G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., p. 6 ss., il quale nota come si parli di presupposizione «con riferimento ad una situazione di fatto o di diritto, passata, presente e futura, di carattere obiettivo che le parti hanno tenuto presente al momento della stipula (pur senza menzionarla). Il venir meno di tale situazione (presupposta) da al contraente che ne ha interesse la facoltà di domandare al giudice la risoluzione del contratto. / Il concetto di presupposizione è andato perdendo l'originaria configurazione volontaristica che in passato gli avevano dato dottrina e giurisprudenza, finendo con l'assumere una funzione del tutto simile a quella riconosciuta dall'ordinamento agli strumenti apprestati dall'art. 1467 c.c.». Ancora, GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, 1, Padova, 2004, p. 624, che dà atto di quelle sentenze che hanno destato innovazione in tal senso (si pensi a Cass., 21 luglio 1980, n. 4775, in Riv. dir. comm., 1983, II, p. 91), e a tal proposito conota come l'istituto della presupposizione tenda «a basarsi sull'applicazione della clausola generale di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto», e come, ex art. 1467, la sopravvenienza contrattuale costituisca «alterazione funzionale della causa, rendendo non più giustificato lo scambio fra le prestazioni contrattuali» divenute «non più equivalenti fra di loro».

33. Fra le tante decisioni lontane dalla letterale applicazione dell'art. 1362 c.c., cfr.: Cass., 11 agosto 1999, n. 8584 in Mass. Foro it., 1999; Cass., 11 agosto 1999, n. 8590 in Mass. Foro it., 1999; Cass., 26 giugno 1997, n. 5715, in Mass. Foro it., 1997; Cass., 6 ottobre 1995, n. 10521, in Giust. civ., 1996, I, p. 67.

34. Si pensi, tra le altre, a Cass., 21 marzo 1983, n. 1988, in Mass. Foro it., 1983 («l'interpretazione delle clausole contrattuali secondo buona fede, prevista dall'art. 1366 c.c., costituisce un mezzo ermeneutico sussidiario, applicabile, come tale, quando sussistano dubbi sul significato delle dichiarazioni contrattuali, dei quali il giudice, che fa ricorso a quel criterio, deve dare indicazione»); o, più di recente, a Cass., 11 agosto 1999, n. 8584, in Mass. Foro it., 1999.

35. In proposito si veda la disamina giurisprudenziale di F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 443 s., n. 16, il quale nota come la Suprema Corte consideri «correttamente, il dovere di eseguire il contratto secondo buona fede come obbligazione attinente al contenuto legale del contratto, con la conseguenza che una esecuzione che violi il dovere di cui all'art. 1375 può comportare di per sé sola la risoluzione del contratto per inadempimento [...]. È perciò contraddittorio degradare

l'interpretazione secondo buona fede a criterio meramente sussidiario rispetto all'interpretazione soggettiva». Con riferimento, poi, all'interpretazione del contratto secondo buona fede ex art. 1366 c.c., vista anche quale strumento di adeguamento giudiziale del contenuto contrattuale alle sopravvenute circostanze, è quantomeno opportuno il richiamo a Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in Nuova giur. civ. comm., 2004, p. 553 ss., che afferma come, in tema di penale eccessiva, la connotazione soggettiva (tipicamente ottocentesca) del negozio, abbia oramai lasciato spazio all'interpretazione di tipo funzionale, oggettiva, prodromica ad una valorizzazione, nell'intervento giudiziale, del controllo di corrispondenza delle espressioni di autonomia privata con quanto sancito e tutelato dall'ordinamento giuridico.

36. Cfr. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855 (con nota di M. BARALDI, Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale), in Contr. impr., 2005, p. 501 ss., ma consultabile anche in Mass. Giust. civ., 2005, p. 673 s.

37. Così Cass., 20 aprile 1994, n. 3775: in Corr. giur., 1994, con nota di Carbone; in Foro it., 1995, 1, c. 1296; in Giur. it., 1995, I, 1, c. 852, con nota di PICARDI. Sulla medesima linea: Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, in Foro it., 2003, I, c. 557; Cass., 15 gennaio 2000, n. 426, in Foro it., 2000, I, c. 1160; Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in Mass. Giust. civ., 1999; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078, in Mass. Giust. civ., 1999, che rileva l'operatività della clausola generale di buona fede «tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 c.c.), specificandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto».

38. Cfr. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, cit.

39. Cfr. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.

40. Nota, in proposito, G. MARASCO, La rinegoziazione del contratto, cit., p. 128 s.: «Diversamente dalla dottrina, i nostri giudici, ancora saldamente legati a schemi tradizionali, stentano a riconoscere (e il più delle volte escludono) un generale dovere di rinegoziazione, anche quando si tratta di preservare la struttura funzionale del contratto da eventi perturbatori (estranei alla volontà delle parti). / Una simile tendenza è chiaramente dimostrata da due sentenze di merito, la prima delle quali è stata pronunciata dal Tribunale di Pescara [Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, consultabile in Foro it., 1998, 1, c. 613] in tema di mutui in Ecu. Nel caso di specie, gli attori mutuatari avevano adito l'autorità giudiziaria al fine di ottenere, tra l'altro, la risoluzione ex art.

---

1467 c.c., nonché la riconduzione ad equità del contratto ex art. 1468 e.e., divenuto eccessivamente oneroso a causa degli eventi straordinari ed imprevedibili del settembre 1992 e del conseguente forte apprezzamento dell'Ecu nel rapporto di cambio con la lira. Inoltre, veniva proposta domanda di risarcimento dei danni per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, non avendo l'istituto erogante offerto soluzioni alternative, idonee a ricondurre i rapporti contrattuali in un ambito di alea normale, quale quella che originariamente li contraddistingueva, e per avere anzi «con comportamento passivo [...] osservato il deterioramento con geometrica progressione della posizione del mutuatario»; a questo proposito, il giudicante non ha esitato ad affermare che «la clausola generale di correttezza non può essere spinta fino al punto di configurare, a carico di una parte, un obbligo di "rinegoziazione" dell'assetto contrattuale, essendo ciò contrario al principio generale che governa il diritto dei contratti». / L'assunto del Tribunale di Pescara è stato, in un certo senso, riproposto da una pronuncia del Tribunale di Milano [Trib. Milano, 9 gennaio 1997, consultabile in Riv. arbitrato, 1999, p. 67, con nota di CRISCUOLO, Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o giudice) di equità], relativa ad una cessione di pacchetti azionari, la quale ha escluso un diritto alla revisione. Secondo la corte milanese, ove una delle prestazioni previste da un contratto preliminare divenga, nelle more del definitivo, onerosa al punto da alterare l'originario equilibrio del sinallagma – in difetto dei presupposti e della domanda per la risoluzione nonché di clausole di adeguamento, indicizzazione e rinegoziazione – non è consentito al giudice, sia esso arbitro d'equità, adeguare le prestazioni, contrapponendo un assetto di interessi ispirato all'equità contrattuale, a quello divisato dai contraenti.

41. Il riferimento è al lodo emesso in data 19 luglio 2004 dal Collegio arbitrale presieduto dal prof. Guido Alpa, nonché dai proff. Sbisà e Nanni, per un commento del quale si veda G. MARASCO, La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto, cit., p. 549 ss., nonché Id., La rinegoziazione del contratto, cit., p. 130 ss.

42. Anche se, nonostante il contrario avviso di parte della dottrina (v. C.G. TERRANOVA, L'eccessiva onerosità nei contratti, cit., p. 248., il quale, con riferimento alla «naturale complanarità» di conservazione del contratto e tipologie «di durata» del medesimo, afferma che «la pretesa di conseguire l'adempimento a tutti i costi può sortire il risultato di impedire definitivamente la realizzazione di un investimento nel suo complesso e risolversi in un grave danno. Meglio dunque perseguire una qualche forma di adeguamento attraverso l'integrazione equitativa»), non pare rispondere a concreta utilità concepire la modifica degli elementi contrattuali quale obbligo legale di attuazione giurisprudenziale, partendo dall'equità integrativa ex art. 1374 c.c.: l'equità opera,

infatti, esclusivamente in carenza di autonoma statuizione delle parti, e in contestuale mancata applicabilità delle norme di diritto positivo. Né può richiamarsi, a confutazione, la considerazione che risultano ravvisabili, fra le circostanze suscettibili di fondare un potere integrativo giudiziale, «anche gli interessi che, in concreto, assumono valore costitutivo del contratto, ossia l'interesse delle parti alla prosecuzione del rapporto nei contratti di durata».

Sul punto può essere di chiarimento, ancora, un raffronto tra le diverse modalità operative dell'equità e della buona fede quali fonti integrative del contratto. L'equità, anzitutto circoscrive diritti e doveri dei contraenti, mentre la buona fede va ben oltre, portando ad integrare, dall'interno, il contenuto dell'operazione economica formalizzata nel contratto, anche mediante la creazione di obblighi accessori posti a protezione degli interessi dei contraenti: ciò sulla base del suaccennato principio costituzionale di solidarietà, che obbliga ciascuna parte a tener conto dell'interesse dell'altra. Se, pertanto, nonostante la sua ampia incidenza integrativa, la buona fede – così come concepita in concreto dalla giurisprudenza *ut supra* ricordata – non risulta idonea a giustificare nel nostro ordinamento un obbligo legale e generale di rinegoziazione, maggiormente tale obbligo non potrebbe trovare il proprio fondamento nell'equità (la cui portata, quale fonte integrativa contrattuale, trova maggiori limiti).

43. Anche se, come sostenuto da parte della dottrina, una limitazione della tutela del contraente fedele al metodo risolutivo nonché alla risarcibilità del danno contraddirebbe la ratio da cui promana l'idea di un obbligo rinegoziativo, cioè a dire la conservazione del comparto contrattuale: così V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 1047.

44. Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 426 ss., secondo cui l'interprete può valutare il comportamento dei contraenti precedente all'interruzione del procedimento rinegoziativo, dal momento che, dopo tale (seppur parziale) attività rinegoziativa il giudice disporrà di «maggiori elementi per decidere e quindi formalizzare il titolo (espresso dalla sentenza) in cui si rispecchia il regolamento d'interessi modificato. Stabilire la regola del rapporto ad effetti obbligatori non presuppone dunque la presenza di elementi "contenutistici" minimi (come invece accade quando il giudice deve disporre coattivamente il trasferimento della proprietà di una cosa certa e determinata)». Sul punto v. anche R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, t. II, in *Tratt. dir. civ. diretto da Sacco*, Torino, 2004, p. 704; M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 316, la quale nota come la previsione di una clausola rinegoziativa determini «in capo agli stipulanti un obbligo di rivedere i termini del loro assetto di interessi. In caso di mancato adempimento

---

dell'impegno assunto, la conseguenza non è limitata al ristoro del danno, ma opera l'esecuzione specifica che in sistemi come quello italiano si risolve nello strumento previsto dall' art. 2932 c.c »; nonché C. D'ARRIGO, Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine, cit., p. 565 ss. Sostegno alla sanzione dell'esecuzione in forma specifica è rinvenibile anche dalle disamine di dottrina tedesca, fra cui: H. EIDENMULLER, *Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage*, ZIP, 1995, p. 1069; nonché N. HORN, op. cit., p. 285).

45. Si veda, in proposito, la disamina di F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2004, p. 348.

46. Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 237; nonché ID., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 202.

47. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 238.

48. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 9.

49. Sul punto cfr., al Libro Terzo del Draft, l'art. 1:108, concernente «Variazioni ed estinzione [dell'obbligazione] disciplinati contrattualmente». In particolare, viene previsto al primo comma come «un diritto, obbligazione o relazione contrattuale possa essere modificata od estinta in ogni tempo, purché sulla base di modalità già previste dalle parti». Prosegue il secondo comma con: «Where the parties do not regulate the effects of termination, then: (a) it has prospective effect only and does not affect any right to damages, or a stipulated payment, for non-performance of any obligation performance of which was due before termination; (b) it does not affect any provision for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination; and (c) in the case of a contractual obligation or relationship any restitutionary effects are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations».

50. Cfr., a tal proposito, le osservazioni di A. FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale dell'economia diretto da Galgano*, XII, Padova, 1987, p. 17, il quale vede una forte complanarità nell'operare della *lex mercatoria* e del diritto positivo. Ancora, su tale riflessione, S.M. CARBONE, R. LUZZATO, *Il contratto internazionale*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno*, XI, 3, 2ª ed., Torino, 2000, p. 416 s.

51. Su tali Principi è presente ampia bibliografia, fra cui in particolare: M.J. BONELL, *I Principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 231; ID., *Il progetto dell'«Unidroit» per la rielaborazione dei principi per i contratti commerciali internazionali*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, I, 1994, p. 180; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi*

dell'Unidroit, in *Contr. impr./Europa*, 1996, p. 825; A. DI MAJO, I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit, *ivi*, 1996, p. 287 ss.; F. FERRARI, I «Principi per i contratti commerciali internazionali» dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione, *ivi*, 1996, p. 300 ss.; G. DE NOVA, I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali, in *Contratti*, 1995, p. 5.

52. Così G. MARASCO, La rinegoziazione del contratto, *cit.*, p. 83 s. In proposito, inoltre, nota FERRARI, I «Principi per i contratti commerciali internazionali» dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione, in *Contr. impr./Europa*, 1996, p. 308, come i medesimi Principi possano, ove non manchi «il riconoscimento dei “principi generali” e della *lex mercatoria* quali fonti del diritto, servire sia alle parti che agli arbitri (ed eventualmente anche ai giudici) per meglio definire tali concetti, di per sé assai vaghi, evitando così sia l'incertezza che l'imprevedibilità che da questi concetti può derivare», nonché come ciò non stia a significare «che ogni qualvolta le parti abbiano voluto rendere applicabili i “principi generali” o [la] *lex mercatoria* (e ciò sia permesso fare), trovino applicazione i Principi [Unidroit]. Le corti (arbitrali e non) possono senza dubbio individuare il contenuto dei concetti di “principi generali” e *lex mercatoria* anche in modo non conforme ai Principi, non essendo, malgrado la volontà dei redattori di questi ultimi, l'equiparazione tra gli uni e l'altra necessaria».

53. Anche con riferimento a tali Principi «di diritto europeo dei contratti» la letteratura è a dir poco ampia, comprendendo, fra gli altri: G. ALPA, Il codice civile europeo: «e pluribus unum», in *Contr. impr./Europa*, 1999, II, p. 695; C. CASTRONOVO, Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti, codice o «restatement?», in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 1018; ID., I «principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 21; V. ZENO-ZENCOVICH, «Il codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo, in *Foro it.*, 1998, V, c. 60.

54. Sul progetto di tale codice, si vedano gli imprescindibili riferimenti in G. GANDOLFI, Sul progetto di un «codice europeo dei contratti», in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 105; D. ANNIBALETTI, Il futuro codice europeo delle obbligazioni e dei contratti: un incontro di studio a Pavia, in *Jus*, 1992, p. 83.

55. Cfr., in argomento, G. GANDOLFI, Il progetto pavese di un codice europeo dei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 456. Sul dibattito circa la riforma dei codici civili in Europa, in collegamento con il progetto di un codice civile europeo, si veda G. ALPA, E.N. BUCCICO, La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo, Milano, 2002.

56. All'art. 12 (Review and renegotiation of contracts and agreements) di tale (ancora bozza di) codice (per le cui vicende inerenti la gestazione ancora in fieri si rinvia a

---

G. MARASCO, La rinegoziazione del contratto, cit., p. 82, ntt. 39-40) si legge: «(a) Contracts or agreements between Governments and transnational corporations should be negotiated and implemented in good faith. In such contracts or agreements, especially long-term ones, review or renegotiation clauses should normally be included. / (b) In the absence of such clauses and where there has been a fundamental change of the circumstances on which the contract or agreement was based, transnational corporations, acting in good faith, should co-operate with Governements for the review or renegotiation of such contract or agreement».

57. Cfr. i Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition, a cura di Christian von Bar, Eric Clive e altri, elaborati dallo Study Group on a European Civil Code e dal Research Group on EC Private Law (Acquis Group): <http://webh01.ua.ac.be/storme/DCFRInterim.pdf>.

58. Cfr. M. BARCELLONA, op. cit., p. 469 ss.; nonché, fra le disamine più approfondite della dottrina americana, I.R. MACNEIL, Contracts adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law, cit., p. 854 ss.

59. Sul punto, cfr. G. BELLANTUONO, I contratti incompleti nel diritto e nell'economia, Padova, 2000, p. 148 ss.; più di recente, R. CIPPITANI, Il principio di solidarietà nei rapporti di diritto privato, in Studi in onore di Antonio Palazzo, I, Torino, 2009. Per la dottrina afferente l'esperienza giuridica di common law, cfr. I.R. MACNEIL, P.J. GUEDEL, Contracts: Exchange Transactions and Relations, 3<sup>rd</sup> ed., University Casebook Series, 2001, p. 21 ss.

60. Cfr. i casi Williard v. Tayloe e City of La Follette v. La Follette Water, Light & Tel. Co., oggetto di interessante disamina in P. GALLO, Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto, cit., p. 367 ss.

61. Si cfr., in proposito, la decisione sulla vicenda Duquesne Light Company v. Westinghouse Electric Corporation del 1995, consultabile sul sito <http://openjurist.org/66/f3d/604>, ove si è sostenuta l'inidoneità della buona fede, «a prescindere dalle [specifiche] clausole contrattuali», all'imposizione alle parti di un obbligo rinegoziativo. Su tale linea si veda, inoltre, il caso Eastern Airlines v. Gulf Oil Corporation del 1975, consultabile sul sito <http://law.wikidot.com/eastern-v-gulf>.

62. Riferimenti bibliografici essenziali sulla disciplina del claim, ancorché risalenti, sono rinvenibili in L.P. COCHRANE, Construction Claims, New York, 1981; P. LEVIN, Claims and Changes. Handbook for Construction Contracts Management, Washington D.C., 1978; M.S. SIMON, Construction Contracts and Claims, New York, 1979.

63. Cfr. sul punto A. LORDI, Il claim nella teoria del contratto, in Contr. impr., 2002, 1, p.

427 s.: «Gli ingenti costi della gara per aggiudicare il contratto, la complessità dell'opera da realizzare, la durata della fase di scelta del contraente, sono tutti fattori che rendono particolarmente accurata la scelta dell'appaltatore, orientata soprattutto dalla ricerca di un know-how difficilmente rintracciabile sul mercato, e che caratterizzano la sua posizione come sostanzialmente infungibile. Ne risulta che sebbene l'ipotesi della risoluzione del contratto, così come l'utilizzo degli strumenti di autotutela sinallagmatici, siano teoricamente possibili, la loro applicazione pratica è di improbabile configurazione in quanto andrebbero a compromettere l'esecuzione dell'opera (o i suoi tempi di realizzazione) e il cashflow dell'impresa appaltatrice (si pensi, ad esempio, agli effetti negativi che potrebbe avere l'esercizio dell'eccezione d'inadempimento)».

64. Ancora precisa A. LORDI, op. cit., p. 429 s.: «Nell'udienza viene esposto il caso, e illustrato il materiale già a disposizione del collegio. Ciò avviene mediante l'utilizzo di appositi schemi illustrativi preparati per l'udienza e tramite l'ausilio di consulenti tecnici di parte. Se il caso è di particolare difficoltà, il collegio può nominare consulenti d'uffici».

65. A. LORDI, op. cit., p. 434.

66. Sul punto, cfr. A. LORDI, op. cit., p. 434: «Per la parte finanziaria, sia che si tratti di claim da extra works quanto di claim per ritardi, devono essere dettagliatamente illustrati i costi, ossia l'eccedenza tra il costo delle opere originariamente pattuite e il costo di quelle in concreto eseguite, maggiorate dal margine di profitto dell'impresa. Ciò avviene con l'allegazione di fatture e altro materiale diretto a provare i costi diretti e indiretti causati dal comportamento della controparte».

67. V.M. CESÀRO, op. cit., p. 61 s.

68. V.M. CESÀRO, op. cit., p. 62.

69. Cfr. G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., p. 34, nt. 14.

70. Ritiene, tra gli altri, doverosa, da parte dell'ordinamento giuridico, una generalizzazione «maggiormente istituzionale» del rimedio revisorio R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 114 ss.

71. Ricorda a tal proposito G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., p. 35 s., nt. 18, una sentenza della Suprema Corte (la 1686/1963), in cui viene sostenuto come l'art. 1623 c.c. debba «porsi sullo stesso piano dell'art. 1467 c.c.», nonché sottolineato che «l'evento imprevisto ed imprevedibile al momento della conclusione del contratto deve necessariamente essersi verificato durante lo svolgimento di questo; se, per contro, l'evento era prevedibile, oppure nulla è avvenuto dopo la conclusione del contratto che abbia alterato la situazione economica precontrattuale, non può trovare giustificazione la pretesa di revisione degli obblighi di ciascuna delle parti, per la man

canza del presupposto necessario».

Per un'approfondita analisi degli strumenti predisposti dal legislatore in materia di sopravvenienze con specifico riferimento al contratto di affitto, v. E. ROMAGNOLI, *Affitto. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 185; C. LAZZARA, *La locazione: l'affitto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1984, p. 653; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, IV, t. 3, Torino, 1968, p. 392.

72. Le riduzioni del premio assicurativo, ovviamente, vengono effettuate con riferimento alla tariffa vigente al momento della conclusione del contratto, e decorrono dalla scadenza del premio o della rata di premio successiva alla comunicazione.

73. Cfr., a proposito del carattere dell'imprevedibilità dell'evento sopravvenuto, le osservazioni di V.M. CESÀRO, *op. cit.*, p. 63 s., nt. 49: «La prima delle condizioni richieste dal disposto normativo [...] deve essere valutata alla stregua del criterio della normale diligenza e perizia dell'appaltatore (in questo senso, Cass., 11 luglio 1990, n. 7208, in *Arch. civ.*, 1991, p. 59), ed essa prescinde dalle valutazioni compiute dalle parti al momento della conclusione del contratto. In relazione, invece, all'ulteriore presupposto della variazione del costo dei materiali o della mano d'opera, occorre sottolineare che su tali espressioni sono state offerte due interpretazioni; l'una più restrittiva secondo la quale la fattispecie della «onerosità dell'esecuzione» si realizza solo nel caso di variazioni dei prezzi correnti; l'altra che, invece, ha ritenuto rilevanti anche le variazioni dei costi dei fattori produttivi, indipendenti da variazioni dei prezzi correnti». Cfr., ancora, P. RESCIGNO, *Appalto*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 7 ss., nonché C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 396).

74. V. a tal proposito G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, *cit.*, p. 51: «Non esistono ragioni tali da far ritenere che, in applicazione dell'art. 1664 c.c., in caso di sopravvenienze il debitore onerato possa richiedere la risoluzione del contratto; al contrario, proprio considerando gli inte ressi tutelati dalla disposizione (oltre al suo tenore letterario), è legittimo concludere a favore dell'esclusione della risolvibilità del rapporto; per cui, sempre che le parti non ritengano più opportuno procedere allo scioglimento consensuale del contratto, la revisione (convenzionale o giudiziale) si presenta come soluzione obbligatoria»; sul punto cfr., ancora, F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in G. IUDICA (a cura di), *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, Padova, 1997, p. 174.

75. Su tale linea cfr. Cass., 5 febbraio 1987, n. 1123, in *Mass. Giust. civ.*, 1987.

76. Cfr., in tema di appalto e rinegoziazione, le riflessioni di V.M. CESÀRO, *op. cit.*, p. 62: «Emblematica di siffatta evoluzione normativa è la disciplina prevista in materia

di appalto privato, nella quale il principio generale dell'invariabilità del corrispettivo dovuto per l'esecuzione dell'opera, risulta espressamente temperato in relazione a talune variazioni dei costi dei fattori produttivi, in conseguenza delle quali il legislatore ha inteso apprestare tutela, sia pur entro certi limiti, all'interesse alla conservazione ed attuazione del piano di interessi originariamente delineato. Questo interesse è tutelato non ogni qualvolta venga a modificarsi il rapporto di equilibrio tra le prestazioni, ma solo quando si verificano, per effetto di circostanze imprevedibili, aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della mano d'opera tali da determinare una modificazione, incrementativa o diminutiva, superiore ad un decimo del prezzo convenuto. / Più precisamente nei casi di sopravvenuta "onerosità" della prestazione si è preferito attribuire alla parte svantaggiata il diritto non già di ricorrere al rimedio risolutorio, che non garantirebbe sul piano economico una tutela soddisfacente, ma al contrario di procedere alla revisione del prezzo in modo tale da salvaguardare il rapporto di corrispettività tra le prestazioni. Questa revisione del prezzo, che in virtù di un giudizio statistico si risolve sistematicamente in uno strumento posto a tutela dell'appaltatore, è rimessa all'accordo dei contraenti, a ciascuno dei quali è, comunque, riconosciuta la facoltà, nel caso di disaccordo, di ricorrere all'autorità giudiziaria per la fissazione del prezzo in via suppletiva. In quest'ultimo caso il giudice, dopo aver verificato l'effettiva variazione dei costi dei fattori produttivi, è tenuto a procedere alla distribuzione del maggior onere ed alla revisione dei prezzi tenendo conto del valore delle prestazioni originariamente fissato dalle parti». Sul punto cfr., ancora, O. CAGNASSO, Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità, Milano, 1979; D. RUBINO, L'appalto, in Tratt. dir. civ. diretto da Vassalli, 3, Torino, 1946, p. 330; R. TOMMASINI, Appalto privato e inflazione, in Diritto monetario. Dizionario del diritto privato, a cura di Irti e Giacobbe, Milano, 1987, pp. 1-27; C. GIANNATTASIO, L'appalto, in Tratt. dir. civ. comm. diretto da Cicu e Messineo, XXIV, 2, Milano, 1967; L.V. MOSCARINI, L'appalto, in Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno, Milano, 1984, p. 717.

Quanto poi all'individuazione, da parte della giurisprudenza, del carattere di norma «dispositiva» in capo all'art. 1664 c.c. si veda, particolare: Cass., 21 dicembre 1996, n. 11469, in Mass. Giust. civ., 1996; Cass., 12 marzo 1992, n. 3013, *ivi*, 1992; Cass., 12 giugno 1987, n. 5148; Cass., 23 aprile 1981, n. 2403, in Foro it., 1983, I, c. 202.

77. Un esempio trasparente di tale graduale avvicinamento è rinvenibile, così, nel progressivo passaggio, negli ordinamenti anglosassoni, da un diritto «dei casi» a un diritto «dei concetti», che prende spunto, più che dall'ormai incontestabile ruolo centrale della giurisprudenza «creativa» e dalla vincolatività giuridica del precedente, da norme

generali, astratte e codificate. D'altra parte, tale vincolatività del precedente ha visto aperture anche nell'ordinamento italiano, il quale, come da taluno affermato, ha saputo portare gli interpreti a «costruire nuove figure e nuovi istituti», non mancando esempi di giurisprudenza «creativa» anche nella giurisprudenza italiana. È da notare, inoltre, come la vincolatività del precedente, pur non presentando carattere di istituzionabilità in ordinamenti come il nostro, possa presentare elementi di relativa vicinanza come quello del punto di riferimento esercitato, per le corti di merito, dalla funzione nomofilattica della Corte di cassazione. Sul punto cfr., in particolare, le riflessioni di L. MOCCIA, *Modelli di tutela dei privati verso le pubbliche amministrazioni nella comparazione «civil law-common law»: l'esperienza inglese*, in *Annali della Facoltà di Economia di Cagliari*. Nuova serie, XVI, p. 1021 ss.





# THE CIVIL LAW IN THE TIME OF THE KNOWLEDGE-BASED SOCIETY

*Roberto Cippitani*

## **SOMMARIO:**

1. The fragmentation of Community Civil Law. 2. The Civil Law before the European integration. 3. European Integration and the crisis of National Civil Law. 4. The Civil Law of the European Union. 5. The Civil Law of the time of the knowledge-based society.

## **ABSTRACT:**

La integración europea pone en crisis el paradigma tradicional del derecho civil: a) sobre la base de las libertades reconocidas por los Tratados, la legislación civil de la UE causa la apertura del derecho interno, la superación de las normas de derecho internacional privado, en particular, el principio de reciprocidad, b) los sujetos de derecho ya no se consideran como iguales, sino se tienen en cuenta su situación relativa, c) hay una disciplina de los intereses no patrimoniales y de los bienes inmateriales; d) la autonomía privada no se considera completamente libre y asume nuevas funciones, e) el sistema jurídico de la UE es más complejo que la legislación interna y esto provoca una crisis en los métodos de la ciencia jurídica.

La crisis del derecho civil tradicional conduce a la búsqueda de una lógica capaz de soportar la ley civil europea. De acuerdo con las fuentes de la UE, es imposible determinar una lógica, que describe el sistema jurídico con algunas metáforas: la Unión Europea como mercado interior, como la sociedad de la información y, por último, como sociedad basada sobre el Conocimiento. La ley civil de la UE de una Sociedad del Conocimiento es capaz de transformar el paradigma tradicional, que es un estado de crisis, en una nueva teoría jurídica coherente.

---

## **1. The Fragmentation of the Community Civil Law.**

According to the legal sources and the literature, the Community civil law is often built by using a sectorial and gradualistic approach. This is a particular manifestation of the tortuous European integration process, which is euphemistically called “functionalist approach”.<sup>1</sup>

The same documents of the institutions denounce this circumstance, which is particularly evident with regard to contracts and obligations, but this is manifested throughout the entire civil law.<sup>2</sup>

In the Communications about the European contract law and in particular about the Greater coherence of the contract law, the Commission indicates how this approach causes several problems; for instance the use of general concepts, which could be interpreted in different manners in the law of the Member States (in particular words as ‘contract’, ‘obligation’, ‘damage’ and so on); or the fact that the legislation adopted by a State to implement the directives of the Community, refers to the some abstract national terms whose meaning differs significantly from country to country. Another problem can be the fact that several European legal sources can be applied in the same case;<sup>3</sup> or when similar situations are treated differently without any relevant justification,<sup>4</sup> etc.

As the doctrine shows, the European legal system is “little deep”,<sup>5</sup> especially in matters such as the civil law, where it doesn’t appear in an organic way, it is therefore characterized by many ‘lacuna’ or gaps.<sup>6</sup>

The situation is aggravated by the lack of a “general part” of law, drafted by the general theory.<sup>7</sup>

As noticed by the Commission, the problematic aspects of the Community civil law, especially concerning contracts, and the differences among the national laws tend to discourage the legal cross-border relationships.<sup>8</sup>

It could be possible to wonder whether this fragmentation of the EU civil law should be considered inevitable, or whether it can propose a coherent framework.

In order to answer such a question, firstly, you should start from how the legal relationships were intended before the process of the European integration. Secondly, you should understand how (and if) the European Union Law has changed the civil law.

As a result of this investigation, you should consider if there is a theoretical framework that let you consider the civil law as a part of the European Union law.

## **2. The Civil Law before the European Integration.**

If the domestic civil law is considered without references to the EU integration process, it shows some particularities.

At the core of the system of private law, there are national civil codes, with reference to the continental Europe. The codes are the projection, legally speaking, of the idea of the national State.<sup>9</sup> This idea was built by cutting off the European cultural continuity, through the development of symbols<sup>10</sup> of a “fictitious ethnicity”:<sup>11</sup> a national language, a national history, a national education, a national science, and indeed, a national law system.

The national State becomes the sole source for the law. In particular, the civil codes are the expression of the positivist approach, according which it is possible to regulate the whole legal universe. The legal speech is expressed through the logic “case – effects”. The illusion of the codes was the creation of a repertory of typical shapes and disciplines, so the judge is entitled to give a minimal contribution to the literally interpretation of the legal provisions. Such a legislative technique eliminates, or reduces to a minimum, the use of general clauses and fluid concepts.

The private law is thought as a system basically closed. This closure could be mainly observed in respect with the other legal systems. The relationship between legal systems is based on an intergovernmental logic and is regulated by international treaties, which indirectly affect the national law. The “treatment of foreigners” is regulated by the private international law, namely set of criteria for resolving potential conflicts of application among legal systems. The rights given to a foreign depend on rules such as that of “reciprocity”. According to that principle, the citizen of another state may be entitled to exercise the rights only to the extent that the Country of origin recognizes the same rights to persons coming from the hosting State (see, for example, article 16 Preliminary Dispositions of the Italian Civil Code).

With reference to the contents, the civil codes of the nineteenth century are based on concepts such as “patrimony” and “bargain”.

The patrimony is usually considered as composed of the obligations bonds and property rights (see for example the thought of Savigny).<sup>12</sup> It has the function to guarantee the creditors (the “general patrimony” of the legal subjects, see Article 2740 Italian Civil Code)<sup>13</sup> or to transfer obligations and property rights from a natural person to another one *mortis causa* (patrimony in the sense of inheritance). Therefore, the civil law regulates the legal matters that allow the transfer of the components of the patrimony from a subject to another one: such as contracts or the inheritances. It is based on the principle of ‘economicity’, on the ground of which the private law comprises the rights and obligations measurable in monetary terms.<sup>14</sup> Other types of the private law relationships, such as family relationships, are useful for the application of other civil law matters (the inheritance, for example).

The patrimony of the legal subjects, consisting of obligations and property rights, is built and modified by means the bargain. All the legal subjects are equally considered. They are free to exchange the components of the patrimony and their will is sovereign. The law intervenes only if the logic of the bargain is jeopardized (you should take into consideration the discipline of the termination or that of the rescission of the contracts).

Further, the contractual relationships have effect only between the parties. Just exceptionally, the contract may have relevance for third parties (see the Article 1411 Italian Civil Code).

As projection of patrimonial approach in a industrial society, the Italian Civil Code of 1942 and the codes of commerce identify particular types of legal subjects which are those related to the market. The definition of “entrepreneur” (see article 2082 Italian Civil Code) is based on factors such as “professionalism” and “organisation”. Only the legal subjects, qualified as entrepreneurs by the law (such as trading companies), can run business activities. Other subjects, such as associations, foundations or public bodies, cannot be entrepreneurs; otherwise they would act in conflict with their institutional scopes.

The patrimonial approach is also evident in the “principle of materiality”. The Italian Civil Code - but so it happens for the majority of European legal systems – defines the “goods” as “things that may be object of rights” (Article 810 Italian Civil Code), thus underlining the materiality of the concept. The materiality of the goods is still at the core of the distinction between real property (usually all goods that are naturally or artificially built on the ground, see Article 812, subpar. 1, Italian Civil Code) and movable goods (which are all other goods, according to the Article 812, subpar. 3, Italian Civil Code). Moreover, it is the base for the definition of property (the right to enjoy and to use of goods, see Article 832, subpar. 1, Italian Civil Code) and of other real rights. The materiality inspires the dispositions concerning the acquisition of the property, the possession (the power over a thing, in accordance with the Article 1140 Italian Civil Code), possessory actions, enforcement proceedings, and so on. The same Italian Civil Code of 1942 provides some timid exceptions to the principle of materiality, for example when refers to “natural energies”, qualified as movable goods (Article 814 Italian Civil Code). Further, the Civil Code and other laws avoid to use terms like “goods” or “property”, with reference to bill of exchange (article 1992 and ff, Italian Civil Code), copyrights and patents (Title IX, Book V, Italian Civil Code; Real Decree no. 1127/1939; Law no. 633/1941)<sup>15</sup>. Even for them, however, the discipline is based on

materiality of the document, in which the rights are “incorporated”. The birth, the transfer (e.g. by endorsement) and all the events concerning the bill of exchange – including the seizure - have legal importance only if related to the document.

### **3. European Integration and the Crisis of National Civil Law.** **European integration causes the crisis of the national civil law.**

#### **3.1 The opening of the legal system.**

The EU law requires the opening of national civil law, beyond the possibilities provided by the traditional international private law.

The application of the law has to be made within the Community context and not within the national one. The EU case laws, in particular, showed how the “Freedoms” guaranteed by Community Treaties (freedom of movement and establishment) have important consequences for private law relationships. These Freedoms, initially attributed exclusively to workers (employed or self-employed) and entrepreneurs, were gradually expanded to other persons (trainees,<sup>16</sup> retirees,<sup>17</sup> members of family of the workers, even if they retired or died,<sup>18</sup> tourists,<sup>19</sup> students)<sup>20</sup>, due to the “functional interpretation” of the EU Judge.<sup>21</sup> Subsequently, such Freedoms will be attributed to all persons, because of the expansion of the competences of the Community, provided by the Single European Act, by the Treaty of Maastricht and the next Treaties, and mainly because of the introduction of the “citizenship of the European Union” (see Article 17 EC Treaty and the EU Charter of Fundamental Rights).

The freedoms of movement and establishment of the legal subjects include implicitly the legal capacity to be part of any type of legal relationship: buy or rent a house, enter into any other type of contract, marry, recognize a child, to accept a legacy, ect.

In this respect, the EU law imposes the overcoming of the rules of international private law, in particular the principle of reciprocity. Not only persons coming from the other EU Countries are allowed to exercise all rights, provided for domestic legal subjects. Under some circumstances, if the discipline of a case is different in two EU Member States, the person may request the application of the more favorable legislation or may choose one of these. One of the most important example implementation of these principles is the choice of the surname for children. The Court of Justice in *Carlos Garcia Avello* case law,<sup>22</sup> took into consideration the rules laid down by Belgian law, which prevents from attributing the double surname (formed by the name of both father and mother) to the daughter of Belgian and a Spanish parents. In implementing the principles of non-discrimination (Article 12 EC Treaty) and of freedom of movement (Article 18 EC Treaty), the Court held that the EU law precludes “the administrative authority of a Member State from refusing to grant an application for a change of surname made on behalf of minor children resident in that State and having dual nationality of that State and of another Member State, in the case where the purpose of that application is to enable those children to bear the surname to which they are entitled according to the law and tradition of the second Member State”.<sup>23</sup>

The rights of the legal subjects must also be exercised within of a true Communitarian framework, as it has been established with reference to the property. The exercise of the right of property must be consistent with the freedoms guaranteed by the Treaties, in particular the freedom of movement of goods. This freedom is ensured through the removal of the physical barriers, the establishment of an internal market and the prohibition both of the customs duties and quantitative restrictions on the import and export of goods or other measures having equivalent effect.<sup>24</sup> Moreover, the case law and the secondary legislation have helped to break down the so called “technical” borders. Indeed, it was stated the principle of mutual recognition, starting from the legislation in the case *Cassis de Dijon*.<sup>25</sup> Specifically, this means that the country of destination has to allow the movement of goods, if the rules of the country of origin (not those of the country of destination) are observed.

The principle of the mutual recognition may have some exceptions, but only for the protection of relevant interests (health, public safety, fairness in trade to protect Consumer, s. Article 30 EC Treaty), if such a protection is proportionate to the aim pursued and applied, in order to represent the minimum possible obstacle to free trade.<sup>26</sup> If these precautions were not implemented, the power to impose the restrictions to the movement of goods could undermine the entire system.<sup>27</sup> The principle of the mutual recognition causes the disapplication of the national legal framework for the goods coming from other States. The rules of the international private law, as mentioned for the legal subjects, are subjected to a different interpretation in the case of goods moving from another Member State. For example, you should consider the Article 51 of Italian law no. 218/1995, which requires in any case, the application of domestic law of the place where the good is situated. Applying such a disposition, the goods coming from another EU country should always be governed by the Italian law, if they are in Italy, that might be contrary to the principle of the mutual recognition.

### **3.2 The ‘substantial character’ of the Community law.**

The EU law takes into consideration the actual situation of the legal subjects, rather than their formal status. This happens more than under national legal systems.

This is the case of the definition of ‘enterprise’.<sup>28</sup> Contrarily to some national legal systems (as the Italian law), linked to the principle of ‘formality’, the Community Judge considers enterprises “every entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status”<sup>29</sup>. This jurisprudential definition has been used in the documents of EU Institutions (the Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, 2003/361/EC). In accordance with such a definition, could be considered as ‘enterprises’ all types of companies, including cooperatives,<sup>30</sup> but also associations,<sup>31</sup> public or semi-public bodies,<sup>32</sup> trade associations,<sup>33</sup> professionals such as insurance experts,<sup>34</sup> doctors,<sup>35</sup> lawyers<sup>36</sup> or shippers.<sup>37</sup> The application of this definition has

important consequences from the EU law point of view, in particular in the case of the legislation concerning the fundamental freedoms, the competition rules and the right to participate in Community funding programmes for entrepreneurs.

The preponderance of the actual situation on the formal status resizes the traditional principle of the formal equality for the legal subjects. According to the Community law, the legal subjects are considered mutually related, that to say one in comparison with the others. Therefore, every actual situation of imbalance it is relevant and has to be solved with a specific remedy.<sup>38</sup>

Following the previous example, the EU law takes into account the enterprises with regard to their size; in consequence of this, two concepts are defined. The first one is the 'small and medium enterprises' (SMEs)<sup>39</sup>, as they are not only the cornerstone of the European economy<sup>40</sup> but also weak compared to large enterprises.<sup>41</sup> The second concept is the 'group of enterprises' (the group is composed of all enterprises "related" or "associate", according Article 1 of Directive 83/349/EEC)<sup>42</sup>. This concept is relevant for several aspects of the Community law, such as the verification of SMEs dimensional limits<sup>43</sup>, the discipline of the competition, the public contracts<sup>44</sup> and so on.

Another important example of the relevance of the actual situation of the legal subjects, within the EU law, concerns the "consumer". Such a concept has been defined by the EU jurisprudence as the natural person who buys goods and services for purposes not related to professional activities.<sup>45</sup> As "weak legal subjects", the consumers are protected in relation to the enterprises, in order to protect both their health and economic interests.

### **3.3 The immateriality and technological matters.**

The EU law has reduced the importance of the principle of "materiality", which characterises the traditional domestic private law.

---

The EU law, resuming the old Gaius' idea that "Praeterea quaedam res corporales sunt, quaedam incorporales" (Gai Institutiones, 2 12), the materiality is no longer a necessary feature of the right of property. Without the precautions of some national legal system, the Community texts speak about the 'intellectual property' (the third recital Directive 2001/29; art. 1.g, Regulation no. 772/2004 of the Commission of 27 April 2004). Such a property arises from research activities,<sup>46</sup> innovation and other creative activities (first and second recitals Directive 2004/48/EC). Although, these assets were already known in the national legislations and the international treaties (thought only in some cases), they were less relevant than the material goods. Today the immaterial goods are regulated in the perspective of the European integration, taking into account the technological development and in relation to the important role that they play for the European economy and society (see the EU legislation on inventions in the strict sense, designs,<sup>47</sup> plant varieties,<sup>48</sup> topographies of semiconductor products,<sup>49</sup> drugs and plant protection products,<sup>50</sup> biotechnological inventions,<sup>51</sup> copyright,<sup>52</sup> particularly software and database,<sup>53</sup> know – how,<sup>54</sup> as well as information, protectable or not,<sup>55</sup> ect.). Another type of intangible assets governed by Community law are the so-called "Financial instruments", namely financial goods exchanged in a regulated market,<sup>56</sup> consisting of 'transferable securities',<sup>57</sup> which are money market instruments, shares of a companies, contracts (options, futures, swap, currencies, and so on).

The immateriality influences not only the definition of the goods, but also the discipline of the relationships concerning the immaterial goods. Indeed, the EU legal sources show concepts as that of 'research and development agreement', 'transfer agreement of technology' (Article 1, Commission Regulation (EC) No 772/2004), rental right and other rights coming from the contract related to the copyright (Directive 92/100/EEC, of 19 November 1992).

The EU legal sources take into account the use of information and communication technologies in the contractual relationships. A general framework is provided by Directive 2000/31/EC of the European

Parliament and Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (Directive on electronic commerce). The Directive starts from the reflection that “The development of electronic commerce within the obstacles arise from divergences in legislation and from information society offers significant employment opportunities in the Community, particularly in small and to such services; in the absence of coordination and medium-sized enterprises” (second recital). To that aim, the Directive provides several instruments to build confidence and to ensure full access to the internal market: it obliges the Member States to eliminate any prohibition or restriction on the use of electronic commerce and encourages the elaboration of the codes of conduct by the associations or professionals, together with consumer groups (Article 16). The Directive also sets out adequate means of extra-judicial settlement of the disputes between providers and recipients of the services; it reconfirms to apply a common legal framework for electronic signatures and electronic certificates (see also the previous Directive 1999/93/EC of 13 December 1999); it provides a liability of providers for illegal and harmful contents, eventually published on the web.

### **3.4 The non patrimonial character.**

The EU civil law considers not only the patrimonial interests. Indeed, the human rights are essential for the application of the EU civil law. In fact, the Court of Justice, by the Stauder judgment<sup>58</sup> shows that among the general principles of Community law should be included the fundamental rights of the natural persons. These rights must be taken into consideration, even if not provided explicitly in the Treaties, as being part of the Constitutions of the Member States and because of provided by the European Convention of Human Rights of Rome. The case law have thus recognized, even in the Community Law, rights as freedom of expression,<sup>59</sup> respect for private life,<sup>60</sup> property rights and exercise of a professional activity, ect. Even in this case, the Court seems to anticipate the EU law making power, which begins to take into consideration the human rights just since the 90s of last century (the Article 6 paragraph 1 of the EU Treaty; the conditions for

---

joining the European Union under the Copenhagen European Council and the clause on respect for human rights, included in international agreements).<sup>61</sup> It's just since 2001 that an organic discipline of these rights (the Charter of Fundamental Rights) entered into force, which will become a constitutional source when the Treaty of Lisbon of 2007 come into force.

The case law and legislation also give great attention to the protection of the fundamental interests, not only those related to natural persons. The exercise of rights on the property, for example, must respect the 'fundamental ethical principles'. As the EU legal texts say the intellectual property "should not hamper freedom of expression, the free movement of information, or the protection of personal data, including on the Internet" (second recital Directive 2004/48/EC). The discipline on biotechnological inventions also provides that the "order public and morality correspond in particular to ethical or moral principles recognized in a Member State, respect for which is particularly important in the field of biotechnology in view of the potential scope of inventions in this field and their inherent relationship to living matter; whereas such ethical or moral principles supplement the standard legal examinations under patent law regardless of the technical field of the invention" (thirtynineth recital of Directive 98/44). The ethical principles are mainly the protection of human dignity and fundamental rights, but also the genetic heritage, the environment and animal welfare.<sup>62</sup> IN particular, environmental protection is set out by the Title XIX of the EC Treaty (Articles 174 ff.) and by a copious legislation concerning. With regard to animals, they are no longer considered simply as 'goods' (as in the domestic law: see, for example, in Italy, the Articles 923 ff. of the Civil Code). In fact, they are considered as sensitive beings, whose welfare should be protected, in order to avoid unnecessary suffering (see, among all, the Protocol on protection and welfare of the animals enclosed the Treaty of Amsterdam; the legislation concerning the protection of animals undergo testing<sup>63</sup> and their protection in farms,<sup>64</sup> during transportation<sup>65</sup> and with respect the modalities of slaughtering,<sup>66</sup> ect).

### **3.5 Legal subjects and legal system.**

The EU law considers the legal subjects and their relationships from a global approach, no longer from a restricted perspective.

This change can be observed in the contract law. In the past they were governed by principles such as private autonomy and that of the relativity of the effects (as above mentioned, the contracts have effects only on the parties).<sup>67</sup> In the EU law a different principle has to be applied. The contract is considered from the point of view of the whole system. The contracts are taken into account by the perspective of the interests protected by the entire system, as the freedom of movement, gender equality, consumer protection, competition rules, ect. The EU legal system provides several instruments of reaction whenever the contract violates these interests, thus breaking the kingdom of the will of the parties.<sup>68</sup> Those instruments of reaction are applied in every type of agreements, also if they are without consideration<sup>69</sup> or 'binding in honor only'.<sup>70</sup> The competition rules, for instance, shall be applicable also to the gentlemen's agreement<sup>71</sup> and to other non-binding agreements.<sup>72</sup>

While the contractual autonomy has not longer the exclusive function to regulate relations between the parties, now it has the role, in many cases, to issue rules relevant for the legal systems and not only between the parties. According to the White Paper on European Governance,<sup>73</sup> the Commission has encouraged a systematic debate on this matter, so that the Union adopts "a less top-down approach and complementing its policy tools more effectively with non-legislative instruments". Therefore, as under the White Paper on European Governance is given a great emphasis on 'button-up' European integration, that to say a process promoted by the EU Institutions but fully implemented by the legal subjects. The latter are not only required to ensure the effective application of the rules imposed by both EU Institutions and Member States. However, the EU law provides that the legal subject, on the ground of their autonomy, have the power to adopt rules integrating the legal system. In fact, the EU law provides several kinds of codes of conduct,<sup>74</sup> and agreements that complete and

implement the supranational disciplines (e.g. the agreements between universities to implement the so called Bologna Process, concerning the credit systems and the recognition of degrees and titles).

### **3.6 The European Legal Area.**

At the end of this overview, it is opportune to underline that the EU law puts in difficulty the optimistic and peaceful idea of the 'legal system' based on the civil codes<sup>75</sup>.

In fact, the EU law seems very strange if considered from a traditional perspective.

The Community legal system is heterogeneous and polycentric. The materials that are used for its construction arise from the Member States domestic law, which often have developed solutions very different in the discipline of the same cases. The EU law is composed of several types of legal sources (international treaties; judgments of the Court of justice; principles of the right of member states; rules of national law, issued in order to enforce the Community legal sources and other documents enacted by the EU Institutions) and it makes a large use of 'atypical' texts, that to say documents which should not be legally binding (communications, resolutions, declarations, as for "recommendations).

The EU legal system was not often built using traditional techniques of 'hard law', that to say prescribing behaviours to Member States and to legal subjects. On the contrary, in many cases the EU Institutions have used 'soft law'<sup>76</sup> approaches, which are less invasive, but not less effective in order to achieve the Community's aims. Indeed, as stated in the White Paper on European Governance, to achieve these goals is necessary to combine not binding means which may be both public (e.g. funding programmes) and private (e.g. codes of conducts and other arrangements elaborated by legal subjects, as discussed in the previous paragraphs).

Another particularity of EU legal sources is that they deal with economic and technical-scientific issues, much more frequently than it happened in the domestic law.<sup>77</sup> You should take into consideration what has been mentioned in the previous paragraphs about intellectual property, ethical implications of the technologies, as well as the 'technical standards'.<sup>78</sup>

It very difficult to understand the EU law, only by traditional theoretical instruments. Also the jurists are dealing with the difficulty to "penser l'Europe", as says Edgar Morin.<sup>79</sup> According to Morin there is a real epistemological difficulty to think the Europe. The traditional ways of thinking, that make multiplicity easier, show their genetics limits, if applied to the concept of Europe. In fact it is fruitless to imagine Europe as an clear, well defined and harmonious entity. The difficulty in thinking Europe is the difficulty in thinking the unitas multiplex, that to say the one in the multiplicity and the multiplicity in the one. It happens also for the EU law, where the same recurring metaphor of 'European Area', used in several documents (about the internal market, research, education and training) shows the complexity of the object to be known and the bounds of the Community action.

#### **4. The Civil Law of the European Union.**

The EU civil law is considered a fragmented phenomenon and incomplete in many respects.

Undoubtedly, however, the EU law has deeply modified the national private laws. Today, it would be necessary to understand if there is a logic that supports the European legal system, despite the apparent fragmentation.

##### **4.1 The Civil Law of the Internal Market.**

Above all, the Community civil law was developed from the point of view of the 'internal market', that is an area without internal frontiers

in which the free movement of persons, goods, services and capital is ensured (see art. 2 EU Treaty and art. 3 and 14 EC Treaty).

Such an internal market is not either a physical place where goods or services are exchanged (see the meaning of 'market' under article 824 Italian Civil Code), or an exclusively economic context.

The actions necessary to complete the internal market are the different EU policies, and particularly, the economic policy "which is based on the close coordination of Member States' [...] policies" and on "the definition of common objectives, conducted in accordance with the principle of an open market economy with free competition" (art. 4, par. 1, EC; see art. 98 ss. EC Treaty).

The creation of the single market also includes the "the approximation of the laws of Member States to the extent required for the functioning of the common market" (Article 3, par. 1.h; s. Article 94 ff. EC Treaty), and the adoption of "Measures in the field of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications" (Article 65 par. 1, EC Treaty, as amended by the Treaty of Amsterdam). Therefore, the internal market is a particular 'legal order', as stated by the Court of Justice from in the *Van Gend en Loos*<sup>80</sup> and *Costa vs. Enel*<sup>81</sup> judgments.

In fact, the Community (the Union) is based on "not only the economic but also [on] the legal interpenetration of the Member States ".<sup>82</sup> Even before the Treaty of Amsterdam, the law had argued that the concept of market "involves the elimination of all obstacles to intra-Community trade in order to merge the national markets into a single market bringing about conditions as close as possible to those of a genuine internal market".<sup>83</sup> The same case law states that "not only commerce as such but also private persons who happen to be conducting an economic transaction across national frontiers should be able to enjoy the benefit of that market". The same case law states that "not only commerce as such but also private persons who happen to be conducting an economic transaction across national frontiers should be able to enjoy the benefit of that market".

The internal market is a legal system not only applicable to Member States. As stated in *Van Gend en Loos*, the Community legal order “recognizes as subjects not only Member States but also their citizens”. The EU law establishes rights and duties upon natural persons and other legal subjects and is directly applicable to their legal relationships.

Therefore, the EU law governs many aspects related to ‘civil matters’, that to say those concerning the relationships of the civil law. According to the EU legal sources, the civil matter is the most important cornerstones for the construction of a European legal area (see Chapter VII of the Presidency Conclusions of the European Council of Tampere of 15 and 16 October 1999).

However, the metaphor of the ‘market’ is not without legal consequences: the Community legal order, from the perspective of the internal market, takes into consideration the subjects and their relationships not as isolated phenomena, but from a global point of view and in their economic and legal context.

What is relevant in the EU law is not the formal qualification of a subject (company, association, public entity), but the concrete activities carried out in the market, as it is evident in the Community definitions of ‘enterprise’. The legal subjects are defined not only for the work actually performed, but also in relation with the others. This is the case of SME and group concepts. The relativistic approach of the internal market overcomes the traditional principle of the formal equality between the parties. Some subjects are regarded as weaker and more worthy to be protected than others: e.g. consumers, commercial agents or SMEs.

The discipline of the contracts follows the same relativistic logic. You can take in consideration the relevance of the contracts in the entire system, the legislation on the competition, the regulation of the relationship between professionals and consumers.

## **4.2. The civil law of the Information Society.**

The Community civil law, as well as govern the economic and legal environment of the internal market, may be also described as the civil law of the 'Information Society'.

In fact, information is a concept that permeates the entire EU law, from several points of view.

Information is the real plot of the internal market. The EU law aims to ensure the best possible free movement of information concerning the subjects and their relationships, in order the internal market can properly work. Under this context, the EU law sets out the minimum information to provide in the contracts. The need to guarantee the movement and the access to information, especially for subjects considered disadvantaged in the market (e.g. consumers), requires techniques like the formalism of contract (e.g. the consumer contract must be drawn up in a particular manner) and conditions the discipline of the pathology of the contract (e.g. the right of withdrawal, the invalidity of the abusive clauses, ect.).

Information is considered an obligation between the parties, during the entire life of the contracts. Many EU directives stipulate the need to provide a range of information before the conclusion of the contract. In addition to the information required by the contracts for consumers, the Directive 97/5/EC on cross-border credit transfers, sets out an obligation to provide information on the execution time of the transfer and the related expenditure (see Article 3); the Directive 2000/31/EC on electronic commerce also requires information on the various technical stages of the stipulation of the contract, on how the contract will be stored, with regard to languages in which it can be concluded, as well as on existing codes of conduct (Articles 10, par. 1 and 2). The obligation of information also concerns the phase of stipulation of the contract. In fact, the Directive 87/344/EEC on legal expenses in the insurance sector, requires the insurer to inform the insured on its right to request an arbitration procedure (Article 6) and to choice freely a lawyer (Article

4). The Article 4, par. 2 of Directive 90/314/EEC on packages travel sets out that the text of the contract to provide certain specific information. Information is obviously an obligation arising from the contractual relationship, once it was agreed. So under Directive 92/96/EEC on life assurance, the insurer is required to provide updated information, to the insured, on insurance company and on the policy's conditions (Article 31, par. 2, and Annex II). Similarly, according to Directive 87/102/EEC on consumer credit, the consumer must be informed of any change in the rate of annual interest and other charges (Article 6, par. 2). The Directive 97/5/EC on cross-border credit transfers states that, following the execution of a transfer, the bank is obliged to provide the customer with the information necessary to identify the transfer, the initial amount, the expenses and the fees paid to its employees, etc. (Article 4). As under Article 12 of Directive 86/653/EEC on commercial agents, the principal has to give to the agent a statement of commissions due and the essential elements on which was made the calculation.

Information is also considered the main asset of the internal market. Such an immaterial good is became priority in the EU legal sources, contrarily to the traditional domestic law, focused on tangible assets.

This particular attention to information is part of a wider vision of the European Union. In fact, the institutional documents, since at least two decades, refer to the Europe as an 'Information Society'. In particular, the White Paper on Growth, Competitiveness and Employment, states that "possession and transmission of information is becoming crucial to success' of the economy and society".<sup>84</sup> At least since the European Council in Corfu on 24 and 25 June 1994, one of the most important objectives of the Community is the creation of a legal framework suited to the needs of a Information Society.

### **4.3 The ethical and social consequences of the civil law.**

The law of the internal market and of the Information Society causes brings new problems, which are carefully evaluated in the EU legal sources.

The Community private law pays attention to ethical and social issues.

In terms of ethics, the information society and the use of technologies threaten the fundamental interests: “Cloning, use of embryonic tissues for therapeutic purposes, databases containing personal information and development of virtual worlds: the progress of knowledge and technology, particularly in science of life, raise a growing number of ethical questions”.<sup>85</sup> As an Author says: “The technological discoveries and the derived changes have extremely conditioned the biomedical disciplines, showing the risk that the sciences, stunned by their own power, are tempted to manipulate human beings as if were a mere object”.<sup>86</sup>

Similarly, the internal market and the Information Society can lead to the exclusion of those (persons but also other legal entities) that do not have the skills required by new modes of production and by the dynamic and open character of the Community. Unemployment and social exclusion mean that “The number of people living below the poverty line and in conditions of social exclusion is unacceptable” (Lisbon European Council in 2000, Presidency Conclusions, par. 32).

In order to try to fix the problems caused by the internal market and the Information Society, the EU legal sources take into consideration the ethical and social issues. For this reason, the EU civil laws, and particularly those concerning the goods and contracts, requires compliance with the so-called ‘ethical principles’, in order to safeguard the fundamental rights. Further the European Union pays attention to the ‘social aspects’ of the movement of persons, as the life conditions (Article 2, EC Treaty), the education and vocational training, the rules concerning labour relations, the social security schemes, the protection of the new generation human rights, access to information technology. In addition, the EU law takes into consideration the social responsibility of the enterprises, which must operate in accordance with fundamental interests, with particular attention to the environmental protection, the sustainable development and the social dimension of the market.<sup>87</sup>

## **5. The Civil Law of the a Knowledge-based Society.**

The civil law of the internal market and the Information Society is part of a broader legal framework that is the so-called 'Lisbon strategy'. According to the Presidency Conclusions of the European Council, held in Lisbon on 23 and March 24 of 2000, the European Union has the strategic goal "to become the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion". Reminding the suggestions contained in the above-mentioned White Paper on Growth, Competitiveness and Employment of 1993, the Lisbon Strategy states that Europe should become a 'Knowledge-based Society'<sup>88</sup>.

In a similar society, the production, the use, the transfer and the sharing of knowledge are more important than the ownership and the trade of the tangible goods. In a Knowledge-based Society, the research (as production of knowledge) and the education (considered as the main means of sharing knowledge) are at the core of Community building, while previously they were considered marginal aspects of the European integration. As the White Paper shows there is a European heritage to be developed: the intangible capital, composed of education, skills, innovation, and the European social systems (see the introduction to the White Paper) .

The Knowledge-based Society is a metaphor that includes the other previous metaphors: the internal market and the Information Society. This emerges from the institutional documents. The information and the market are the basis of the concept of knowledge: "Both the data and information ... are comparable to raw materials that industry turns into consumer goods". To generate knowledge, information must "be classified, analyzed, considered and processed".<sup>89</sup> The shift from information to knowledge involves assessing and balancing of economic, but also the ethical and social issues.

The new metaphor was necessary because all documents, from the White Book Growth, Competitiveness Employment to the

Lisbon strategy, stressed the inadequacy of the process of European integration previously implemented only from the economic perspective. The most surprising argumentation is that the crisis in the traditional way of integration is caused not only by economic problems. The European market has grown, but underestimating and neglecting all the aspects not closely linked to the economic objectives. Although the European Union has established the single currency and has reached other economic achievements, it still too weak in other field as education, research and innovation, protection of environment. The actions to be carried out, according to the institutional documents (the transition to an knowledge-based Economy/Society, the modernization of the European social model, the sustaining of the healthy economic outlook and favourable growth prospects), are based on the idea that the Europe as Knowledge-based Society should be built through the implementation of a European area of research, training, education, not separated from an improved economic and legal framework. Therefore, it has been stated the mutual interdependence of these dimensions of European integration and the ineffectiveness of the partial and national approaches to the problems.

Also the civil law, therefore, must be developed from the global perspective of the Knowledge-based Society. From this perspective, the market is considered as a dynamic and open area within persons, goods and information should move freely. Freedom of movement is guaranteed in respect of certain fundamental interests such as human rights, ethical values, consumer protection and free competition.<sup>90</sup> In the EU law system the continuous circuit of production, sharing and transmission of knowledge is crucial, rather than the accumulation and movement of patrimonial elements. The perspective chosen by the EU law, therefore, strongly affect the design of the domestic private law. The right and obligations, the legal relations and the general principles now have to be addressed to build a real European legal area.

The construction of EU civil law, in the time of the Knowledge-based Society, becomes a cultural phenomenon. Such a phenomenon cannot depend only on the production of legal texts and on a new codification

process, but is closely linked to the creation of a real European legal culture of lawyers, judges, professionals, students and others who apply and interpret the legal rules.<sup>91</sup>

The cultural approach is the way to the build a true European civil law.

The new method of legal research must take into account the complex nature of the EU law and the need of a comprehensive approach to legal phenomena. The legal problems and solutions have to be analysed in a common area, in which the market is just one dimension, which is not isolated from other perspectives. The need of a cultural approach permeates the various aspects of Community law.

The denounced fragmentation of the EU laws, especially that concerning the civil matters, can be resolved by regulatory and non-regulatory approaches. Regulatory interventions are not always possible or desirable. Above all the new civil law should develop 'principles' and other concepts able to give coherence to a complex and heterogeneous system, by the help of the academics and other law operators.<sup>92</sup> Their work is important to promote a uniform interpretation of fragmented law, to identify general concepts and to attribute a specific meaning to the Community legislation.<sup>93</sup> Among them, a very important role is played by the Community and national judges, through the interpretation and application of the law<sup>94</sup>. You should take into consideration the principles established by the Court of Justice, as the creative assertion of a unique Community legal system, the direct applicability, the prevalence of Community law over national system, the principle the implicit powers, and the protection of fundamental human rights in EU law.

The civil law should build a legal culture that rediscovers its historical foundations. It is interesting to take into consideration that, in order to identify the EU legal concepts, the case law usually refers to the history of the European law, particularly the Roman law, as stated at least since the Klomp case in 1969.<sup>95</sup> Moreover, as Windsheid affirmed Roman law is essential for Europe on the whole and for the entire "civilized

world”, because it is the expression of the human way of understanding legal relationships<sup>96</sup>. The legal concepts of the Roman law become newly important, because they represent a sort of ‘deep semantic’ of the European law.<sup>97</sup> From the historical perspective it is possible to identify, in fact, the essential aspects of national laws, the so called ‘permanencies’, which constitute the basic logic of the European law systems.<sup>98</sup>

## End notes:

1. According to the Declaration of the French foreign minister Robert Schuman, on 9 May 1950, "L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait".
2. See the following documents of the Commission: The Communication on European Contract Law, in OJ 13 September 2001, n. 255, p. 1; the Communication, A more coherent European contract law - An action plan, (COM (2003) 68 of 12 February 2003); the Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization (COM (2002) 654 of 14 January 2003). See also the European Council of Tampere of 15 and 16 October 1989 and the Resolutions of the European Parliament: Resolution A2-157/89, in OJ, C 158, of 26 June 1989, p. 400), Resolution A3-0329/94, OJ C 205 of 25 July 1994, p. 518, Resolution of 16 March 2000.
3. For example in some case it is possible to apply either the Directive on doorstep selling and that on timesharing. The two directives allow the consumer to withdraw the contract, however the terms of the withdrawal are different.
4. Among the examples mentioned there are the following: the difference, from one Member State to another, in cooling-off periods in the context of doorstep selling, timeshare and distance selling Directives, financial thresholds of implementation laws of the doorstep selling Directive or divergent concepts in the implementation of the annex to the unfair contract terms Directive.
5. G. BADIALI, *Il diritto degli stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 35.
6. F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi int.*, 1983, 409, in particular p. 411; M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *The British Year Book of International Law*, 1981.
7. P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à de normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres*, in *Rev. Intern. droit comparé*, 1980, p. 341 ss., in particular p. 357.
8. See the above mentioned Commission Communication, A more coherent European contract law - An action plan, par. 3.2.
9. C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, 1979
10. A.M. THIESSE, *La lente invention des identités nationales*, in *Le Monde diplomatique*, June 1999, p. 12 f.; ID., *La creazione delle identità nazionali in Europa*,

ital. transl. Of La Création des identité nationales. *Europe XVIII-XX siecle*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 9.

11. See the essay *La forma Nazione: Storia e Ideologia* in BALIBAR, WALLERSTEIN, *Razza nazione classe. Le identità ambigue*, ital transl. of *Race nation classe. Les identités ambigües*, Roma, 1996); see also E.J. HOBSBAWM in *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà*, ital.transl, Torino, 2002.

12. F. C. SAVIGNY, *Il sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. di V. Scialoja, vol. I, Torino, 1886, p. 337 ss.

13. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Bari, 1997, p. 85.

14. See *Relazione al Re to the Italian Civil Code* (par. n. 23).

15. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generale del diritto civile*, o.c., p. 57 f.; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, UTET, Torino, 1996, p. 176 ff.

16. V. ECJ, 3 July 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, Racc. 2121, par. 19; ECJ 26 February 1992, *Bernini*, C-3/90, Racc. 1992, I-1071, p. 15; ECJ, 17 March 2005, *Kranemann*, C-109/04, Racc. 2005,p.I-2421, par. 15 e 16.

17. ECJ, 15 March 2001, *Mazzoleni e ISA*, C-165/98, Rec., 2001, I-2189.

18. ECJ 9 January 2003, *Nani Givane e aaltri/Secretary od State for the Home Department*, C-257/2000, Rec. 2003,p.I-345.

19. V. ECJ 19 January 1999, *Calfa*, C-348/96, Rec. 1999, I-11; ECJ, 2 February 1989, *Cowan*, 186/87, Racc1989,p. 195, par. 15.

20. ECJ, 13 February 1985, *Gravier/Ville de Liège*, Rec. 1985,p.593 ; ECJ, 2 February 1988, *Blaizot/Université de Liège and oth.*, Rec.1988, p.379.

21. ECJ, 23 March 1982, *Levin/Netherlands*, 53/81, Rec., 1985, 1035.

22. ECJ, 2 October 2003, *Carlos Garcia Avello*, C-148/02, Rec. 2003,p.I-11613.

23. See the Italian jurisprudence implementing the principle, as for example Corte di Cassazione ordinance no. 23934 of 22 September 2008.

24. ECJ, 7 July 1974, *Dasonville*, 8/74, Rec. 1974, p. 757.

25. ECJ, 20 February 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, Rec. 1979,p.649. See also the Communication of the Commission “Mutual recognition in the context of the follow-up of the action plan for the single market” (COM(1999) 299 final).

26. See several judgments of the Court of Justice: 13 December 1979, *Hauer*, 44/79,Rec. 1979,p. 3727; 26 June 1980, *Gilli*, 788/79, Rec. 1980,p.2071; 12 March 1987, *Commission/Germany*, 178/84, Rec. 1987,p. 1227; 10 November 1982, *Rau/De Smedt*, 261/81, Rec. 1982,p. 3961; 14 July1988, *Zoni*, 90/86, Rec. 1988,p. 4285; 23

- febbraio 1988, Commission/France, 216/84, Rec., 1988,p. 793,.
27. ECJ, 13 July 1989, Wachauf/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, 5/88, Rec. 1989,p. 2609.
28. The jurisprudence on the definition of “enterprises” is abundant. Among the last judgments of the Court of Justice see, for example, the followings: 16 March 2004, AOK-Bundesverband and oth, C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, Rec. 2004,p. I-2493; 22 May 2003, Freskot, C-355/00, Rec. 2003,p. I-5263 ; Id. 24 October 2002, Aéroports de Paris / Commission, C-82/01, Rec. 2002,p. I-9297; 19 febbraio 2002, Wouters and oth, C-309/99, Rec. 2002,p. I-1577; 22 January 2002, Cisal, C-218/00, Rec. 2002,p. I-691.
29. ECJ, 23 April 1991, Höfner et Elser / Macrotron, C-41/90, Rec.1991, p.I-1979.
30. ECJ, 25 March 1981, Cooperative Stremsel-en Kleuselfabriek/Commission, 61/80, Rec. 1981, I-3851.
31. Decision of the Commission 92/521/EEC of the 27 October 1992, Distribuzione dei pacchetti turistici Cappa Mondiali 1990, in O.J. L 326, 31.
32. Court of First Instance, 12 December 2000, Aéroports de Paris/Commission, T-128/98, Rec. 2000, II-3929, par. 106-130.
33. ECJ, 19 febbraio 2002, Wouters e altri, C-309/99, Rec. 2002,p.I-1577, par. 50 ss.
34. Cfr. AGCM, 25 March 2004, Guardia di Finanza vs. Federazione Italiana Agenti Immobiliari Professionali, in Boll. n. 13/2004 e AGCM, 15 July 2004, Tariffe dei periti assicurativi, in Boll. n. 29/2004.
35. ECJ 12 September 2000, Pavel Pavlov e aaltri/ Stichting Pensioenfonds Mediche Specialisten, from C-180/98 to C-184/98, Rec. 2000, p. I-6451, par. 77.
36. ECJ 19 February 2002, Wouters and oth, C-309/99, Racc. 2002,p. I-1577, par. 48.
37. ECJ, 18 June 1998, Commission/Italia, C-35/96, Rec. 1998,p.I-3851, par. 38.
38. Among others see A. SASSI, Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno, in A. Palazzo, A. Sassi (edited by), Diritto privato del mercato, ISEG, Perugia, 2007.
39. Recommendation of 6 May 2003, 1422. See the jurisprudence. ECJ 24 April 2004, C-91/2001, Italia / Commission, Rec.2004,p.I-4355. See the related Conclusion of Advocate General Jacobs of 18 September 2003.
40. The Article 157, par. 1, EC Treaty, aiming at developing the European industry, obliges to encourage “an environment favorable to initiative and to the development of undertakings throughout the Community, particularly small and medium-sized

---

undertakings". Further, the important role of SMEs is underlined relating to the policy of research and technological development, which has the scope of "strengthening the scientific and technological bases of Community industry and encouraging it to become more competitive at international level, while promoting all the research activities deemed necessary" to support the other EU policies (Article 163, par. 1, EC Treaty). The Community actions in this field (among other the funding programmes) have to encourage the participation of the enterprises, mainly the SMEs (Article 163, par. 2, EC Treaty).

41. The weakness of the SMEs is pointed out as under the EU "social policy". In the context of the aims of such a policy, provided by the Article 136 EC Treaty ("the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained, proper social protection, dialogue between management and labour, the development of human resources with a view to lasting high employment and the combating of exclusion"), the Community shall adopt directive providing the "minimum requirements for gradual implementation, having regard to the conditions and technical rules obtaining in each of the Member States". Such directives "shall avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way which would hold back the creation and development of small and medium-sized undertakings" (Article 137, par. 2, subpar. 1, EC Treaty).

42. Seventh Directive of 13 June 1983 based on Article 54, par. 3, lett. g), EC Treaty relating to the consolidated accounts.

43. See R. CIPPITANI, A proposito delle definizioni di "piccole e medie imprese" nel diritto comunitario. Nota alla sentenza della Corte di Giustizia del 24 April 2004 nella Causa C-91/2001, in *Rass. giur. umbra*, 1/2004, p. 439 ss.

44. As under the competition rules, many undertakings making part of a group are considered as a unique enterprises: ECJ, 25 November 1971, *Béguelin*, 22/71, Rec. 1971, p. 949; ECJ, 14 July 1972, *ICI/ Commission*, 48/69, Rec. 1972, p.619. The group is relevant according to the Community discipline of the public contract: see the conclusions of the Advocate general Philippe Léger of 23 September 1999 in the case C-176/98, *Holst Italia SpA/Comune di Cagliari, Ruhrwasser AG, International Water Management SpA*; see also ECJ, 14 April 1994, *Ballast Nedam Groep*, C-389/92, Rec. p. I-1289 e ECJ, 18 December 1997, C-5/97, Rec. p. I-7549.

45. ECJ, 22 November 2001, *Cape snc/Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas/ OMAI srl*, C-541/99, C-542/99, Rec. 2001, p. I-9049.

46. On the definition of 'research' see the Communication, Community Framework for State Aid for Research and Development and Innovation (2006/C 323/01).

47. Council Regulation (EC) n. 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs.
48. Council Regulation (EC) n. 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights; see also Council Regulation (CE) n. 2470/96 of 17 December 1996 providing for an extension of the terms of a Community plant variety right in respect of potatoes.
49. Council Directive 87/54/EEC of 16 December 1986 on the legal protection of topographies of semiconductor products.
50. V. Regulation (EC) n. 1610/96 of the European Parliament and of Council of 23 July 1996 concerning the creation of a supplementary protection certificate for plant protection products.
51. European Parliament and Council Directive 98/44/EC of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions.
52. In particular Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.
53. Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.
54. See Article 2, n. 10 Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements.
55. See the definitions of 'foreground' and 'background' provided under the Article 2, Regulation (EC) No 1906/2006 of the European Parliament and the Council of 18 December 2006 laying down the rules for the participation of undertakings, research centres and universities in actions under the Seventh Framework Programme and for the dissemination of research results (2007-2013)
56. That to say a "multilateral system operated and/or managed by a market operator, which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments" " (article 4, n 14 Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments)
57. For a definition of 'Transferable Securities', see article 4, 18) directive 2004/39/CE.
58. ECJ, 12 November 1969, *Stauder / Stadt Ulm*, 29/69, Rec., 1969, 419.
59. For example ECJ, 26 June 1997, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Bauer Verlag*, C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689.
60. E.g. ECFI, 15 May 1997, *N / Commission*, T-273/94, Rec. 1997, p. II-289, see

par. 68, 71-74

61. E. FIERRO, *Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?*, *European Law Journal*, Vol. 7, n. 1, March 2001, pp. 41-68.

62. See among the others: *Chart of the Fundamental Right of the European Union*; the quoted *Directive 98/44/CE*; *Article 6 and Annex 1, Decision No 1982/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Seventh Framework Programme of the European Community for research, technological development and demonstration activities (2007-2013)*.

63. *Council Directive 86/609/EEC of 24 November 1986 on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States regarding the protection of animals used for experimental and other scientific purposes*; *Council Decision of 23 March 1998 concerning the conclusion by the Community of the European Convention for the protection of vertebrate animals used for experimental and other scientific purposes*.

64. *Council Directive 98/58/EC of 20 July 1998 concerning the protection of animals kept for farming purposes*; *Council Decision 78/923/EEC of 19 June 1978*.

65. *Council Regulation (EC) No 1/2005 of 22 December 2004 on the protection of animals during transport and related operations and amending Directives 64/432/EEC and 93/119/EC and Regulation (EC) No 1255/97*.

66. *Directive 93/119/CE of the Council of 22 December 1993 on the protection of animals at the time of slaughter or killing*; see also the *Council Decision of 16 May 1988 on the conclusion of the European Convention for the Protection of Animals for Slaughter (88/306/EEC)*.

67. See the analysis of the traditional Carnelutti's theory made by N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 41 f.

68. **The contractual autonomy, in this context, cannot be considered no longer the power of the parties to produce effects recognised by the legal system**, see B. WINDSCHEID, *Il diritto delle pandette*, o.c., § 69, p. 264 ss.

69. *ETFI*, 10 July 1991, T-76/89, *Independent Television Publication Limited/Commissione*, Rec. 1991, p.II-575).

70. *ECJ*, 17 September 2002, *Town and County Factors*, C-498/99, Rec. 2002, p.I-7173.

71. *ECJ*, 15 July 1970, *Chemiefarma/Commissione*, 41/69, Rec.1970,p. 661; *Id.* 29 October 1980, *Heintz van Landewyck Sarl e altri/Commissione*, cause riunite 209/78 a 215/78 e 218/78, Rec.,1980, p. 3125.

72. V. per esempio il caso Polipropilene (Commissione europea, 23 April 1986, Polipropilene, in G.U.C.E. 1986, L 230/1). Quindici imprese del settore petrolchimico avevano concluso un accordo verbale e privo di carattere giuridicamente vincolante (ovverosia di sanzioni per la sua inosservanza) diretto alla spartizione dei mercati ed alla fissazione dei prezzi.
73. Communication of the Commission, The European Governance, COM (2001) 428 final/2, of 5 August 2001.
74. F.GALGANO, *Lex mercatoria*, Mulino, Bologna, 2001, p. 215.
75. N. IRTI, *L'Età della Decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979 shows as the civil codes have lost their central role within the legal system.
76. See K. C. WELLENS, G. M.BORCHARDT, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, p. 267 ss.
77. On the difficulties of the legal science to know the European Union legal system see, J. H. WEILER, *The Constitution of Europe: Essays on the Ends and Means of European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999
78. Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards.
79. See E. MORIN, *Pensare l'Europa*, ital transl. of *Penser l'Europe*, Feltrinelli, Milano, 1990, p. 23 s.
80. ECJ, 5 February 1963, Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen, 26-62, Rec., 1963, p. 3.
81. ECJ, 15 July 1964, Costa / E.N.E.L., 6/64, Rec. 1964, p. 1141.
82. ECJ, 18 May 1982, AM&S Limited/ Commission, 155/79, Rec. 1982, p. 1575, par. 18.
83. ECJ, 5 May 1982, Schul, 15/81, Rec., 1982, p. 1409, par 33.
84. Commission, White Paper, Growth, Competitvity, Employment, 1993, Part A : The challenges and ways forward into the 21st century.
85. Communication of Commission, Towards a European research area, of 18 January 2000, COM(2000) 6 par. 7.2. See also second and fifth recital of the above mentioned Directive2001/29/CE.
86. A. PALAZZO, Contributo alla ricostruzione della tutela del principio di vita, in A. Palazzo, I. Ferranti, *Etica e diritto privato*, vol. II, Cedam, Padova, 2002, p. 2 ss. On the ethical and legal consequences of technologies, specifically with reference to the EU civil law, see S. RODOTÀ, *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.

- 
87. See the following Communications of the Commission: Corporate Social Responsibility Green Paper, Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility, COM (2001)366 final of 18 July 2001, par. 11; A business contribution to sustainable development, COM (2002)347 final of 2 July 2002; Implementing the Partnership for Growth and Jobs: Making Europe a pole of excellence on CSR, (COM(2006)136 final of 22 March 2006.
88. On the legal bases of the Europea as Knowledge-based Society: R. CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in T. Sediari (edited by), *Cultura dell'integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 81 ff.
89. See Final report of the High Level Group of Expert, appointed by the Commission, *To Build the European Information Society for all*" of 1997.
90. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, ISEG, Perugia, 2006.
91. See L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 1/2004, p. 53 ff.
92. See the Commission on European Contractual Law, directed by Ole Lando, which has elaborated the Principles of European Contract Law; or the "Pavia group" which recently published the European Contract Code. Preliminary draft (Università di Pavia, 2001), based on the activities carried out by the Academy of European Private Lawyers.
93. See Communication, *A more coherent European contract law - An action plan*, quoted, par. 4.
94. According to the elaboration of the principles by the Court of Justice, see, among all: A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. Ital. Dir. Publ. Comun.*, 1994, 533; M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, o.c.; F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, o.c.; R. CIPPITANI, *Il giudice comunitario e l'elaborazione dei principi di diritto delle obbligazioni*, in *Rass. Gir. umbra*, 2/2004, p. 847 ss.; R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea*, in *JuríPolis*, Mexico City, 2007, p. 85 ff.; R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Bruylant- **Sakkoulas, Bruxelles-Athenes, 1996** ; P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à de normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres*, o.c., p. 357.
95. ECJ 25 February 1969, *Klomp / Inspectie der belastingen*, 23-68, Rec. p. 43. See also ECJ, 10 July 2003, *Commissione/ Conseil des communes et régions d'Europe*

(CCRE), C-87/01, Rec. 2003, p. I-07617.

96. B. WINDSHEID, *Diritto delle pandette*, o.c., p. 18

97. On the use of the principles to give coherence to a legal system, see R. CIPPITANI, *Il diritto diviso. Contributo alla semiotica dell'ordinamento-testo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 95 ff.

98. A. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. Palazzo, I. Ferranti, *Etica e diritto privato*, Vol. I, Cedam, Padova, 2002, p. 1 ff.



# CODICE DEL CONSUMO E CIRCOLAZIONE DI MODELLI GIURIDICI DI EUROPA

*Valentina Colcelli*

## **SOMMARIO:**

1. Considerazioni introduttive. 2. La c.d nullità di protezione. 3. Il diritto di recesso nei contratti a distanza o stipulati fuori dai locali commerciali. 4. La compravendita di beni di consumo ed il diritto al ripristino della cosa venduta. 5. Perché si può parlare in termini di rimedi degli artt. 36, 64 e 130 Codice del consumo. 6. Appunti finali e circolazione dei modelli giuridici.

## **ABSTRACT:**

In Italia, come noto, le previsioni comunitarie in materia di consumo sono oggi raccolte nel D. lgs. n. 206/2005. Alcune previsioni del D.lgs. 206/2005 avrebbero la caratteristica propria del rimedio (*remedies*) E' noto come, nel diritto privato, l'approccio tradizionale del *Common law* ponga il rimedio davanti alla qualificazione sostanziale del diritto attraverso la norma, al contrario dell'approccio tradizionale del *Civil Law*. Le finalità di questo lavoro consistono, allora, nell'analizzare gli artt. 36, 64 e 130 del D. lgs. n. 206/2005 (diritto al ripristino della cosa venduta, diritto di recesso nei contratti a distanza o stipulati fuori dai locali commerciali, nullità di protezione) e se con quest'ultimi, attraverso l'obbligo di conformazione al diritto proveniente dall'Unione europea, si è introdotto nell'ordinamento italiano un modello giuridico, quello dei *remedies* di origine anglosassone, che non si ferma all'enunciazione di regole, ma pone l'attenzione alla concreta applicazione di queste ultime anche, ma non solo, attraverso l'attività dei giudici, in una Europa di crescente circolazione di modelli giuridici.

---

## 1. Considerazioni introduttive.

E' in atto tra i paesi europei una crescente circolazione di modelli giuridici. Esiste, infatti, una contaminazione - che si verifica talvolta anche spontaneamente - tra i diversi ordinamenti che del sistema Europa sono parte. Il fenomeno che si registra è fortemente influenzato sia dal sistema d'integrazione delle fonti interne ad opera dell'ordinamento comunitario, sia dall'incidenza che sugli Stati aderenti esercita la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1957.

Seppur in uno scenario politico ed istituzionale diverso dall'attuale - correva l'anno 1932- la tendenza odierna di contaminazione/uniformazione delle legislazioni, trova riscontro anche nel pensiero di uno dei padri della cultura giuridica contemporanea, Vittorio Scialoja: "l'unità del diritto europeo è esistita. Il cosiddetto 'diritto comune' durato tutto il medioevo ed oltre, e che traeva la sua sostanza dal diritto romano, ha dato l'orditura e lo stampo alla vita civile dei popoli europei (...). Or quel ch'è stato, potrà e forse dovrà essere di nuovo. La grande lezione della storia civile non deve andare perduta. Perché quando una fondamentale unità del diritto potrà essere ripristinata e adeguata alle più progredite esigenze della vita moderna e del continente europeo, noi potremo già considerare con mutato spirito la funzione delle frontiere politiche"<sup>1</sup>.

La normativa italiana in tema di protezione del consumatore è in questo lavoro, quindi, occasione per compiere qualche riflessione sulla modalità con cui in Europa si sta attuando una certa contaminazione tra tradizioni e modelli giuridici diversi: il sistema di common law da un lato, quello di civil law dall'altro.

In particolare questo lavoro nasce dalla lettura di un articolo di Patrick O'Callaghan comparso qualche tempo fa sulla rivista *European review of private law*<sup>2</sup>. E' noto come, nel diritto privato, l'approccio tradizionale del common law ponga il rimedio davanti alla qualificazione sostanziale del diritto attraverso la norma. Il sistema rimediale ricordato è riassunto dal conosciutissimo broccardo *ubi remedium ibi jus*. Patric O'Callaghan,

nel ricordato lavoro, sottolinea un cambiamento di prospettiva da parte della giurisprudenza inglese rispetto all'impostazione tradizionale richiamata. Il sintomo del mutamento sarebbe rintracciabile nella nozione di privacy proveniente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'autore afferma che in Inghilterra la lettura giurisprudenziale della nozione di privacy di cui all'art 8 CEDU sta insediando la tradizionale propensione del sistema inglese ad incentrare la controversia sui fatti chiamati a corrispondere a quelli previsti nella forma processuale prescelta.

In alcune sentenze<sup>3</sup>, infatti, si rintraccia la tendenza ad una qualificazione preliminare dell'esistenza del diritto alla privacy. Si sposta così l'interesse di giudici inglesi dalla ricerca della corrispondenza alla formula, all'identificazione dell'interesse o del diritto prima del rimedio. Il riferimento è al caso Campbell<sup>4</sup>, dove la Corte ha proceduto alla preventiva<sup>5</sup> identificazione della "reasonable expectation that the information in question will be kept confidential".

Secondo O'Callaghan la ricerca pragmatica del diritto soggettivo sarebbe mutuata dall'approccio della Corte di Strasburgo diretta alla ricerca mediata ed effettiva del fine di tutela che la norma intende perseguire<sup>6</sup>

I giudici inglesi, infatti, già in *A v. B* affermano espressamente che alla luce del Human right Act del 1998 sia stata introdotta la necessità di identificare preventivamente gli interessi che cadono sotto la previsione dell'art. 8 CEDU, in una sorta di rovesciamento della tradizionale prospettiva che pone l'identificazione del rimedio davanti a quella della qualificazione del diritto<sup>7</sup>.

Limitatamente ad alcune materie, il mutamento metodologico che marginalmente sta interessando il sistema anglosassone, si riscontra in senso inverso anche in Italia. Di qui la ragione del presente lavoro.

Il riferimento è ad alcuni sistemi di tutela introdotti dal Codice del consumo che sembrano mutuare dal diritto inglese proprio la tendenza ad identificare il *remedium* con lo *jus*.

Nel tempo la normativa italiana ha dovuto far proprie numerose istanze di provenienza comunitaria<sup>8</sup> inizialmente concentrate sulla protezione del libero scambio nel mercato interno<sup>9</sup>, successivamente anche dirette a predisporre discipline a tutela dei soggetti dello scambio stesso.

In Italia, come noto, le previsioni comunitarie in materia di consumo sono oggi raccolte nel D. lgs. n. 206/2005. Alcune previsioni del Dlgs. 206/2005 avrebbero la caratteristica propria del rimedio (*remedies*)<sup>10</sup>. Le finalità di questo lavoro consistono, allora, nell'analizzare gli artt. 36, 64 e 130 del D. lgs. n. 206/2005 (diritto al ripristino della cosa venduta, diritto di recesso nei contratti a distanza o stipulati fuori dai locali commerciali, nullità di protezione).

Esiste, infatti, un crescente bisogno – dettato anche dalla nascita del mercato interno - di procedere in Europa all'individuazione di categorie e principi, generali ed uniformi, per attribuire ai cittadini europei, o a chiunque opera nel mercato, una medesima tutela anche in luoghi che hanno una cultura giuridica tra loro differente<sup>11</sup>.

In una crescente prospettiva di circolazione di modelli giuridici, dalle caratteristiche della disciplina di cui agli artt. 36, 64 e 130 cit. si cercherà di trovare conferma della loro natura rimediale, in quanto strumenti di garanzia retti da una logica autonoma e di specialità rispetto ad analoghe previsioni del codice civile<sup>12</sup>.

## **2. La c.d nullità di protezione.**

L'analisi accennata prenderà inizialmente le mosse da una ricognizione intorno alla c.d. nullità di protezione. L'art. 36 del codice del consumo contiene la sanzione della nullità per le c.d.

clausole vessatorie<sup>13</sup>, pattuizioni presenti “nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista (...) che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”<sup>14</sup>.

L’ordinamento europeo, da dove la norma in esame proviene, si caratterizza spesso per predisporre rimedi specifici quale reazione a clausole, o pattuizioni, che contrastano con gli interessi che l’ordine comunitario intende proteggere, in questo caso quelli, appunto, dei consumatori. E’ noto che le previsioni di cui all’art. 36 d.lgs. n. 206/2005 si caratterizzano, infatti, per essere poste nell’interesse del consumatore ed operano solo a vantaggio di quest’ultimo. La nullità prevista dall’art. 36 del codice del consumo è detta per questa anche di protezione.

Nel codice civile la nullità ed l’annullabilità sono comuni strumenti d’invalidazione del contratto<sup>15</sup>. Le previsioni della norma in esame derogano i principi generali contenuti nel codice civile in tema di nullità<sup>16</sup>. Ciò è comprensibile se si riflette su come la sanzione della nullità di cui all’art. 36 D.lgs 206/2005 non è posta a tutela di un interesse generale, ma a favore di una sola delle parti del contratto, il consumatore, secondo un modello di nullità diverso e distinto da quello tradizionalmente disciplinato dagli art. 1418 e ss. del codice civile<sup>17</sup>. Con il rimedio in esame, il diritto comunitario ha inciso sulla nullità e annullabilità richiamate, in forza della preminente tutela che l’ordinamento UE accorda ad alcune categorie di soggetti e a ben precisati interessi, come quello della libertà della concorrenza<sup>18</sup>. Da ciò discende che se anche la nullità ai sensi dell’art. 36 cit. può essere sollevata ex officio del giudice, detto intervento è comunque posto non nell’interesse generale di codicistica memoria, ma di quello particolare del consumatore. Il giudice anche qualora, ai sensi dell’art. 183 c.p.c., rappresenti alle parti la possibile declaratoria di nullità della clausola non potrà pronunciarla se la pattuizione concretamente non si risolve in un pregiudizio del consumatore. La rilevabilità d’ufficio quindi è strumento di protezione del consumatore<sup>19</sup>, ma resta la necessità di raccordare il regime della rilevabilità d’ufficio con la sua tutela, al fine di soddisfare la finalità che il precetto normativo persegue.

---

Gli interessi pubblicistici alla cui soddisfazione mira la previsione della rilevabilità d'ufficio emergono solo in via subordinata. E' rimesso di fatto alla attenzione primaria dell'interprete di quel contratto la protezione effettiva degli interessi concreti della parte contrattuale riconosciuta più debole<sup>20</sup>.

In tale ottica la caducazione dell'intero contratto, fuori dall'eccezione della nullità parziale<sup>21</sup>, potrebbe non essere utile al fine di salvaguardare quella parte del negozio che sarebbe comunque in grado di soddisfare l'interesse protetto<sup>22</sup>. Ed anzi potrebbe finire per avvantaggiare proprio la parte opposta da quella protetta dalla norma, il professionista<sup>23</sup>. La sanzione di nullità dell'intero contratto, infatti, "lungi dal realizzare l'interesse alla protezione del contraente debole, realizzerebbe l'effetto opposto, ponendolo nell'indisponibilità del bene della vita oggetto del contratto"<sup>24</sup>.

La nullità in esame mira alla conservazione del contratto e con essa al mantenimento, in capo al consumatore, del bene della vita che egli mira ad avere e che intende far proprio in ragione del contratto posto in essere. Proprio in quando mezzo attraverso il quale tutelare nel concreto il diritto alla correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali del consumatore la nullità di protezione di cui all'art. 36 cit., potrà essere qualificata come rimedio.

### **3. Il diritto di recesso nei contratti a distanza o stipulati fuori dai locali commerciali.**

Proseguendo l'indagine attraverso alcuni dei sistemi rimediali predisposti dal codice del consumo, utile momento di riflessione può essere fornito anche dall'art. 64. del D.lgs n. 206/2005.

A tutela del consumatore la richiamata norma stabilisce il diritto di recesso dal contratto concluso a distanza o fuori dei locali commerciali<sup>25</sup>. La previsione nasce dalla riconosciuta necessità di tutelare il consumatore che si trovi a contrattare in condizioni particolari e che per tali ragioni possa essere danneggiato dal c.d. effetto

sorpresa. La previsione discende altresì dal bisogno di predisporre strumenti in mano ai consumatori che tengano conto delle peculiarità di queste modalità di contrattazione. Gli acquirenti non troverebbero mai sufficiente tutela negli strumenti di tutela previsti dal codice civile, che presuppongono una parità di armi tra le parti e normali condizioni in cui la contrattazione avviene<sup>26</sup>.

Il D.lgs. n. 206/2005, per tali ragioni, riconosce al consumatore il potere di recedere liberamente e senza addurre alcuna motivazione dal contratto. Il suo esercizio è reso effettivo attraverso la previsione di un obbligo di informazione a carico del professionista<sup>27</sup>. Nella sostanza il diritto di ripensamento riconosce al consumatore la possibilità di pentirsi dopo la conclusione del contratto, sciogliendo unilateralmente il vincolo<sup>28</sup>. L'acquirente si libera in tal modo dall'obbligo di pagare il prezzo, oppure potrà recuperare quanto già versato, restituendo il bene o rinunciando al servizio<sup>29</sup>.

Da più parti si è riconosciuto anche alla previsione di cui all'art. 64 del codice del consumo vera e propria natura rimediabile<sup>30</sup> piuttosto che quella di diritto, avendo riguardo esclusivo all'individuazione del bisogno di tutela che detta previsione intende soddisfare. Infatti, peculiari - e funzionali alla specifica tutela del consumatore - sono le caratteristiche del recesso disegnato dalla D. lgs. n. 50/1992 prima, dal codice del consumo poi, rispetto al diritto di recesso disciplinato dal codice civile. Il recesso di cui all'art. 1373 c.c. è atto unilaterale recettizio<sup>31</sup> con cui si esercita il diritto potestativo, convenzionalmente attribuito ad una o ad entrambe le parti, di sciogliere il contratto<sup>32</sup>. Nei contratti ad esecuzione periodica e continuata il recesso è esercitabile in ogni tempo; nei contratti ad esecuzione istantanea, come la vendita, il mutuo o la permuta, il recesso è esercitabile solo sino al momento in cui il contratto non ha avuto esecuzione. Per i contratti ad effetto reale sussistono, comunque, delle vere e proprie incertezze dottrinali e giurisprudenziali sull'applicabilità di detto istituto. I contratti ad effetti reali producono, infatti, l'immediato trasferimento in capo ad una delle parti della proprietà oppure la costituzione, o il trasferimento, di un diritto reale su un bene determinato. In dette tipologie di contratti il recesso

---

produrrebbe il rtrasferimento del diritto di proprietà o di altro diritto reale in capo all'originario alienante. La problematica dell'applicabilità del recesso a dette tipologie di contratti, quindi, è legata alla disciplina degli effetti nel tempo prodotti dal contratto. In questi casi al recesso dovrebbe essere attribuita una efficacia *ex tunc*, oppure essere rimessa alla libera determinazione delle parti la regolamentazione circa la retroattività dei suoi effetti, anche nei confronti dei terzi<sup>33</sup>. Seppur verosimilmente l'eventuale retroattività del recesso non potrà travolgere i diritti dei terzi nati in forza di atti opponibili alle parti<sup>34</sup>. Si pone, poi, il problema se il contratto in attesa dello scadere del termine entro il quale esercitare il recesso sia sospensivamente o risolutivamente condizionato.

Le problematiche accennate relative ai contratti ad effetto reale riguarderebbero anche il recesso regolato dal codice del consumo, che si riferisce essenzialmente ai contratti di compravendita. Le difficoltà sopra indicate e la particolare funzione attribuita all'istituto in esame nel codice del consumo, invece, hanno portato ad una riflessione nuova intorno al ripensamento: il recesso di cui all'art. 64 cit. visto come rimedio riconosciuto al contraente debole piuttosto che come diritto potestativo<sup>35</sup>. La fase della contrattazione per una delle parti si dilaterrebbe così oltre il momento del perfezionamento dell'accordo di cui all'art. 1326 cc, consentendo al consumatore una sorta di riflessione ulteriore sul negozio che attraverso il ripensamento lo pone nella condizione in cui lo stesso si trovava prima della stessa stipula del contratto, con salvezza di ogni suo diritto compreso quello della correttezza, della trasparenza e dell'equità nei rapporti contrattuali (art. 2, II c., lett. c), D.lgs. 205/2006.

#### **4. La compravendita di beni di consumo ed il diritto al ripristino della cosa venduta.**

La Direttiva 1999/44 CE ha introdotto nel sistema giuridico interno un sistema diverso ed in qualche misura lontano dalle forme di tutela che storicamente hanno caratterizzato il contratto di compravendita nell'ordinamento italiano<sup>36</sup>. Nel nostro sistema giuridico la tutela

dell'acquirente nella vendita era difatti legata alla tecnica della garanzia per vizi occulti ai sensi dell'art. 1490 c.c. La protezione dell'acquirente avveniva esclusivamente attraverso la previsione dell'obbligo, gravante sul venditore, di garantire che la cosa venduta fosse immune da vizi che la rendessero inidonea all'uso alla quale era destinata, o ne diminuissero in modo apprezzabile il valore. Conseguiva, così, l'effetto che di fronte alle difformità gravanti il bene compravenduto l'acquirente potesse domandare a sua scelta o la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo di vendita. Gli usi potevano escludere per determinati vizi la risoluzione del contratto. E' innegabile come la tecnica della riferita garanzia non conduca alla soddisfazione dell'interesse principale del compratore, quello, cioè di avere un bene idoneo all'uso per il quale si è proceduto all'acquisto. La tutela tradizionalmente offerta all'acquirente dal codice civile produce il solo effetto di riequilibrare i termini dell'avvenuto scambio incidendo o sul prezzo, mediante riduzione, o sull'atto negoziale attraverso la risoluzione. Nei termini riferiti l'alienante sembra essere garante del risultato a cui il negozio tende - l'assenza di vizi della cosa compravenduta - e non anche inadempiente rispetto all'obbligazione di dare o consegnare il bene oggetto del contratto. L'effetto immediatamente traslativo - in forza del consenso - nella compravendita sembra spostare l'obbligazione del venditore dalla consegna della cosa alla garanzia sui vizi della stessa.

Le previsioni comunitarie hanno innegabilmente introdotto un nuovo modello di relazione contrattuale tra le parti, incentrato intorno ad una diversa scelta dei rimedi. La direttiva 1999/44/CE con D.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24 ha novellato il codice civile (artt. 1519 bis – nonies) prevedendo il diritto di ripristino per i vizi dell'oggetto del contratto. Oggi la previsione è parte del codice del consumo (art. 130 del d.lgs. n. 206/2005). L'art. 130 del codice del consumo stabilisce, infatti, che qualora la cosa compravenduta presenti un difetto di conformità rispetto al contratto, il consumatore "ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione (...), ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto (...)". L'articolo accorda al consumatore una serie di rimedi (sostituzione, riduzione del prezzo e, per ultimo, risoluzione del

---

contratto) tra i quali scegliere quello più opportuno per la soddisfazione del proprio interesse, foss'anche sotto il profilo della convenienza. Va chiarito immeditamente come l'alternatività dei rimedi è solo apparente. Il rimedio del ripristino è in posizione prioritaria rispetto alla possibilità di scegliere la riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto<sup>37</sup>. La norma mette in evidenza che la prima richiesta del consumatore all'alienante deve limitarsi alla riparazione o alla sostituzione del bene non conforme.

La previsione, infatti, riconoscendo al consumatore il rimedio al ripristino della conformità del bene, attribuisce a quest'ultimo un vero diritto potestativo all'"esatto adempimento"<sup>38</sup>. In questo caso il diritto del consumatore si realizza attraverso un'obbligazione di un facere in capo al venditore, in quando questi è chiamato a realizzare tutte le attività necessarie per eliminare il difetto. Quando, invece, è avanzata da parte dell'acquirente la richiesta di sostituzione, l'interesse di quest'ultimo trova compimento in forza di una obbligazione di dare<sup>39</sup>.

La riparazione del bene o sua sostituzione, quindi, sono il rimedio specifico e principale posto a tutela del consumatore. In via subordinata, quando cioè la richiesta di sostituzione o di riparazione non è andata a buon fine - e cioè la riparazione e la sostituzione sono impossibili o eccessivamente onerose<sup>40</sup>, il venditore non ha provveduto alla riparazione o alla sostituzione del bene entro un termine congruo, la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuata ha cagionato all'acquirente inconvenienti notevoli - allora il consumatore può chiedere alternativamente o una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto<sup>41</sup>.

La disposizione in esame, quindi, introduce a tutela del diritto di credito del consumatore un rimedio diretto ad ottenere il suo esatto adempimento, anche successivamente alla consegna del bene compravenduto. Lo strumento scelto dal legislatore comunitario prima, nazionale poi, mira a fornire al compratore una tutela piena, efficace, tale anche da salvaguardare l'economia dell'affare<sup>42</sup>. E' innegabile, infatti, che di norma il consumatore/ acquirente giunge alla conclusione

di un contratto anche in forza da una aspettativa sulle qualità, le prestazioni, le caratteristiche del bene che ne è oggetto. Attraverso la riparazione o la sostituzione, la legge riconosce al consumatore la possibilità di ottenere la qualità e le prestazioni cercate a spese del venditore inadempiente, salvaguardando ove possibile il rapporto contrattuale. La tutela prevista mira ad ottenere in capo al consumatore l'utilità finale per la quale il negozio era stato concluso, e non una soddisfazione alternativa a questa come nel caso delle previsioni di cui all'art. 1490 c.c.<sup>43</sup>.

Il mutamento di rotta rispetto alla previsione codicistica è percepibile, diverso è interrogarsi sulla portata di questo cambiamento. Nel caso di specie, infatti, non sembra sorgere in capo al consumatore alcun diritto di credito al risarcimento del danno, ma un vero e proprio diritto all'esatto adempimento, che prescinde dalla necessità che si sia verificato in capo all'acquirente un vero e proprio pregiudizio<sup>44</sup>. Ciò è tanto più vero se si riflette sul fatto che l'azione di cui all'art. 130 del codice dei consumi può concorrere e non sostituire l'eventuale azione per il risarcimento del danno sia contrattuale che extracontrattuale. La stessa direttiva comunitaria<sup>45</sup> lascia impregiudicato il diritto del consumatore di avvalersi anche delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Può, infatti, esperirsi l'azione di risarcimento del danno previsto dall'art. 1494, co. 2, c.c., ammettendo che la consegna di bene non conforme, o anche l'eventuale tempo che è stato necessario per la sua riparazione o sostituzione, possa aver cagionato danni al consumatore<sup>46</sup>. Parimenti, proprio sulla scorta del dettato della direttiva 99/44/CE se il difetto del bene ha provocato anche la lesione di diritti diversi rispetto a quelli derivanti da contratto, il compratore potrà far valere la pretesa al risarcimento del danno extracontrattuale, attraverso il ricorso al principio generale del *neminem laedere*<sup>47</sup>. A suffragio di quanto sopra detto, si aggiunga che il diritto alla riparazione o alla sostituzione è esercitabile a prescindere che il difetto di conformità sia o meno imputabile alla colpa del venditore<sup>48</sup>.

L'intervento del legislatore è capace così di incidere sulla stessa relazione contrattuale<sup>49</sup>. Il rimedio a carattere specifico - l'obbligo del

---

ripristino appunto - realizzerebbe a carico dell'alienate/professionista una prestazione di un fare rivolta direttamente alla soddisfazione del bisogno di tutela del compratore. Necessità di essere tutelato per il consumatore che non discenderebbe solo dal singolo atto di compravendita, ma dalla stessa attività di negoziazione tra lui ed il professionista. In questi termini si viene a modificare la stessa obbligazione gravante sul venditore, che non consta più del solo obbligo di trasferire il bene oggetto del contratto. Quest'ultima si espande alla consegna di una cosa che sia da un lato conforme a quanto dal venditore dichiarato nell'atto di consenso traslativo, e dall'altro all'altezza dell'attesa dell'acquirente<sup>50</sup>.

La previsione di cui all'art. 130 del codice del consumo sembra così introdurre anche qualche crepa nel sistema italiano del codice (civile) in ordine alla storica prevalenza accordata al risarcimento del danno rispetto all'adempimento in natura, quale reazione all'inadempimento di una delle parti.

La norma in esame apre ad una "tutela reale del diritto di credito nel codice civile"<sup>51</sup>, in forza della quale si offre al consumatore il rimedio più adatto a soddisfare i bisogni concreti del creditore di fronte all'inadempimento della controparte<sup>52</sup>. In questi termini l'esperienza europea dei Principles of European Contract Law dell'Unidroit e della Commissione Lando ha ingresso nel nostro sistema, tradizionalmente improntato a pensare la tutela che converte la prestazione dovuta in natura nel suo equivalente, tecnica generale di reazione all'inadempimento<sup>53</sup>. Nonostante questa opinione sia "indotta a trascurare la portata della clausola generale di 'esatto adempimento' (arg. ex art. 1218 c.c.)"<sup>54</sup>, nella quale in realtà fino al momento in cui la prestazione dedotta nel contratto resta possibile, il creditore sarà autorizzato a chiedere l'adempimento in natura piuttosto che il suo equivalente<sup>55</sup>.

## **5. Perché si può parlare in termini di rimedi degli artt. 36, 64 e 130 Codice del consumo.**

Attraverso l'obbligo di conformazione al diritto proveniente dall'Unione europea si è introdotto nell'ordinamento italiano un modello giuridico, quello dei remedies di origine anglosassone, che non si ferma alla enunciazione di regole, ma pone l'attenzione alla concreta applicazione di queste ultime anche, ma non solo, attraverso l'attività dei giudici<sup>56</sup>.

Parlare in termini di rimedi significa interrogarsi - su di un piano di estrema praticità - se accanto ai diritti e alle azioni esistano "strumenti che il diritto positivo offre per tradurre in concreto le scelte compiute a monte nella allocazione dei diritti"<sup>57</sup>.

I rimedi sarebbero strumenti che si collocano a metà tra i diritti riconosciuti ai singoli e le azioni attraverso le quali questi ultimi vengono fatti valere avanti ai giudici. I rimedi non sono diritti perché, in quanto mezzi diretti alla loro soddisfazione, sono ad essi strumentali. I rimedi non sono nel contempo azioni perché non sono messi a disposizione dall'ordinamento solo per avere risposte dalle autorità giudiziarie. Gli strumenti apprestati dal codice del consumo negli artt. 36, 64 e 130 cit. sono misure specifiche, collegate ad ognuno dei bisogni di tutela peculiari alle numerose situazioni soggettive riconosciute dalla legge in capo al consumatore. Essi evidenziano altresì l'esistenza di un disegno unitario nella predisposizione di un sistema di garanzie specifiche e soddisfative degli interessi riconosciuti in capo ai consumatori quando aggrediti<sup>58</sup>.

Riconoscere natura rimediale degli artt. 36, 64 e 130 cit. garantisce al consumatore, all'interno del rapporto di consumo, uno strumento diretto ad assicurare il raggiungimento dell'interesse che costituisce l'essenza propria del diritto tutelato, identificabile di volta in volta nella conservazione del bene della vita conseguito attraverso il rapporto di obbligazione, piuttosto che nella correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali (art. 2 cod. cons.)<sup>59</sup>.

---

Nei casi degli artt. artt. 36, 64 e 130 cit. la lesione dell'interesse protetto del consumatore frequentemente si può caratterizzare in una generica trasgressione del diritto, o comunque dell'interesse protetto. I rimedi di cui agli artt. 36, 64 e 130 cit. non coincidono con una tutela restitutoria in senso stretto, tipica delle situazioni di appartenenza come è quella del proprietario. Tale forma di tutela non potrebbe, infatti, essere "soddisfacente per situazioni che presentano bisogni (di tutela) diversi, quale esemplarmente è il bisogno (di tutela) che manifestano diritti o situazioni lato sensu diretti ad ottenere comportamenti e/o prestazioni versus altri e cioè rivolti al conseguimento di beni e/o utilità che non si hanno ma che si desiderano avere"<sup>60</sup>, come possono essere i diritti di credito che scaturiscono dal rapporto di consumo. Quest'ultimi, anche definiti situazioni giuridiche strumentali<sup>61</sup>, non troverebbero realizzazione nella c.d tutela restitutoria in senso stretto, in quanto diretta ad assicurare e a ricostruire una situazione originaria che nei diritti di obbligazione non esisteva. Non c'è nelle situazioni giuridiche strumentali un bene da restituire, riparare, non c'è alcuna situazione di appartenenza da reintegrare. Dal rapporto obbligatorio nascono nuovi assetti di interessi che non preesistevano a questo. Tanto meno quest'ultimi potrebbero essere soddisfatti solo da una tutela risarcitoria, capace di garantire una compensazione pecuniaria dell'eventuale pregiudizio economico subito. Non solo una tutela per equivalente non potrebbe essere soddisfacente di una posizione derivante da un rapporto obbligatorio, ma soprattutto la menomazione di quest'ultima non sempre - e non necessariamente - si realizza in un danno.

Per i diritti di obbligazione si pone l'esigenza di un rimedio "dirett[o] a garantire la piena ed integrale soddisfazione del diritto o pretesa (insoddisfatti), attraverso misure che (...) possono essere di vario tipo e appartenere a generi diversi è comunque finalizzate a tale soddisfazione"<sup>62</sup>. In ragione di ciò i rimedi di cui agli artt. artt. 36, 64 e 130 cit. possono essere tra loro accomunati in un'unica forma di tutela definibile soddisfacente nel senso sopra indicato e non necessariamente coincidente con azioni messe a disposizione dall'ordinamento solo per avere risposte dalle autorità giudiziarie. I rimedi elencati sembrano predisposti dal Codice del consumo per realizzare nel concreto

la integrale soddisfazione dei diritti e delle pretese riconosciute ai consumatori, comprese quelle che nascono dal rapporto obbligatorio, ma non solo quest'ultime.

Le modalità di tutela di cui agli artt. 36, 64 e 130 cit. sembrano raccogliere e dare corpo ad una tendenza elaborata da accorta dottrina che distingue tra una aggressione ad un diritto realizzata attraverso un illecito per violazione di un specifico divieto di agire, ed un'aggressione più generica ad un diritto o una sua insoddisfazione, alla quale si connettere una reazione conseguente<sup>63</sup>. A tutela restitutorie previste per far fronte a situazioni di illecito fonte di danni, si affiancano così strumenti rimediali diretti a restaurare l'equilibrio turbato dalla semplice violazione di diritti od interessi giuridicamente protetti<sup>64</sup>.

Gli artt. 36, 64 e 130 cit. offrono infatti al consumatore qualcosa in più rispetto alle azioni in senso stretto. Si pensi in questo senso all'azione cautelare prevista dall'art. 139 e 140 cod. cons. Le associazioni dei consumatori sono legittimate proprio ai sensi degli artt. 139<sup>65</sup>. e 140<sup>66</sup> del d.lgs. n. 206/2005 - ad agire a tutela dei propri interessi di consumatori. Possono, infatti, avanzare richiesta al giudice di inibire gli atti ed i comportamenti lesivi delle posizioni giuridiche loro riconosciute, nonché di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. L'azione inibitoria prevista si pone come "rimedio di carattere generale, capace di fronteggiare tutte le fattispecie lesive dipendenti dai comportamenti posti in essere dal professionista e potenzialmente dannosi per i consumatori"<sup>67</sup>, offrendo le risposte più efficaci alle istanze di tutela avanzate dai consumatori stessi<sup>68</sup>. Alla luce dell'indagine che si sta compiendo è di interesse non è tanto la parte della norma che permette al giudice di "inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti" - di cui è pacifica la natura di tutela specifica - quanto quella che consente allo stesso di "adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate". La seconda previsione indicata non coincide, infatti, con la pronuncia inibitoria<sup>69</sup>. Con il ricorso a misure idonee non si dà attuazione al comando inibitorio<sup>70</sup>, le misure idonee adottabili sono atipiche ed innominate. Esse rimangono però

---

tutele di natura processuale, diverse e distinte dagli strumenti previsti degli articoli fin qui analizzati.

E' evidente come le previsioni di cui agli artt. 36, 64 e 130 cit. non sono azioni perché non sono messe a disposizione dall'ordinamento solo per avere risposte dalle autorità, ed offrono al consumatore un *quid pluris* in termini di concretezza rispetto ai diritti al medesimo riconosciuti dall'art. 2 cod. cons.

L'art. 2 del codice cit. è la norma nella quale si concretizza la qualificazione dei diritti riconosciuti al consumatore, è il luogo a monte dove si compie l'allocazione dei diritti. Il ripristino della cosa contravvenuta non è un diritto in senso proprio nè una azione processuale, bensì un mezzo diretto a tradurre in concreto la soddisfazione del diritto alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi (art. 2, lett. c, cod. cons.). La nullità di protezione è essenziale strumento attuazione di correttezza, trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali. Parimenti il ripensamento di cui all'art. 64 cod. del consumo non è un diritto in senso stretto, bensì uno strumento diretto a tradurre in concreto il diritto alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali del consumatore ed ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità (art. 2, lett. e, c, cod. cons.). E' distinto e diverso dal diritto di recesso disciplinato dal codice civile. Quest'ultimo è un vero e proprio diritto potestativo riconosciuto legalmente o contrattualmente ad una delle parti, la cui scelta non è posta necessariamente a tutela di un interesse di ordine generale. Nel codice del consumo è il recesso o ripensamento è strumentale alla garanzia del consumatore come soggetto debole del mercato e dei suoi specifici diritti. Nel contempo è espressione anch'esso della funzione più generale che l'ordinamento comunitario assegna agli istituti di diritto privato. I rapporti orizzontali nell'ordinamento comunitario sono selezionati e regolati per assicurare l'esistenza e la sopravvivenza dell'ordine giuridico ed economico voluto dalla Comunità prima e dall'Unione poi. I rapporti orizzontali, così come quelli verticali, che l'ordinamento comunitario regola sono rapporti finalizzati alla conservazione del sistema legale che nasce dai Trattati e dall'interpretazione della sua Corte<sup>71</sup>.

## 6. Appunti finali e circolazione dei modelli giuridici.

L'ultima considerazione che le affermazioni fatte offrono è sul tema della crescente circolazione dei modelli giuridici tra i diversi ordinamenti europei.

L'attuale sistema di sviluppo delle norme internazionali e la peculiare configurazione dell'ordinamento comunitario, sono destinati ad influire con diverse modalità sulla struttura dei diritti individuali delineati dagli ordinamenti degli Stati. Il percorso è inverso rispetto a quello che fa degli ordinamenti nazionali la base giuridica di riferimento per l'ordinamento UE ed il sistema CEDU, ma è comunque significativo del processo osmotico tra modelli nazionali e sopranazionali che da qualche tempo sta caratterizzando l'età contemporanea del diritto<sup>72</sup>.

Le norme dei Trattati istitutivi dell'Unione e i regolamenti producono, infatti, effetti diretti ed immediati all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. La forza di cui sono dotate le fonti comunitarie realizza così la loro prevalenza sulle norme interne eventualmente contrastanti<sup>73</sup>. Il fenomeno con qualche attenuazione si realizza anche qualora si tratti di direttive, nonostante quest'ultime, per loro natura, non siano caratterizzate dalla immediata vincolantività. La giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, ha riconosciuto effetti diretti verticali alle direttive inattuata a favore dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente. L'intero ordinamento dell'Unione europea è quindi applicabile ai soggetti di diritto di uno Stato<sup>74</sup>, attualmente con il solo limite dei mancati effetti orizzontali per le direttive non trasposte nell'ordinamento interno<sup>75</sup>.

E' evidente pertanto l'esistenza di un rapporto dinamico tra ordinamento giuridico comunitario e diritti interni, in cui il principio di sussidiarietà<sup>76</sup> costituisce lo snodo.

La costruzione dello spazio giuridico comunitario condiziona i sistemi giuridici degli Stati membri, non solo direttamente attraverso il vincolo comunitario ed il processo di armonizzazione dei diritti, ma in

---

maniera non diretta anche attraverso la creazione di una competizione tra gli ordinamenti parte dell'azione comunitaria. Proprio nelle aree di diritto estranee al processo di armonizzazione è evidente il fenomeno di competition among the rules<sup>77</sup>. La partecipazione alla realizzazione di "un mercato interno caratterizzato dalla eliminazione (...) degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali"<sup>78</sup>, pesa sulla necessità di ciascun Stato membro di tener conto, nell'operare le proprie, delle scelte normative realizzate dagli altri paesi aderenti all'Unione<sup>79</sup>. I riferiti processi si riflettono necessariamente anche sui diritti riconosciuti agli individui, posto che ogni Stato membro subisce dall'adesione all'Unione limitazioni della propria sovranità anche nel regolare le situazioni giuridiche dei singoli.

Il fenomeno di reciproca influenza tra i sistemi è significativo anche prescindendo dalla forza vincolante delle fonti da cui i modelli provengono. I diritti individuali, come è noto, sono infatti influenzati anche dalle numerose norme internazionali di natura pattizia che vincolano gli Stati alla tutela dei diritti fondamentali in esse riconosciuti. Tra queste vi è anche il catalogo di norme costituenti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ai fini delle considerazioni che si stanno svolgendo non è necessario interrogarsi sul fatto se la Convenzione citata riconosca o meno diritti internazionali direttamente in capo ai singoli, o piuttosto consideri propri destinatari solo gli Stati. E' innegabile la rilevanza di tale riflessione, ma è altrettanto evidente che - a prescindere dall'indicazione accolta - la possibilità per il singolo di poter ricorrere ad organismi internazionali deputati alla soluzione delle controversie - come la Corte europea dei diritti dell'uomo - implichi la circolazione di modelli giuridici tra i diversi sistemi degli Stati aderenti<sup>80</sup>.

Si pensi proprio, come esempio di circolazione dei modelli giuridici, al percorso compiuto dal riconoscimento del diritto alla privacy a cui si è fatto iniziale accenno in ragione del richiamo al lavoro di Patric O'Callaghan. Il diritto alla privacy, infatti, è nato nella tradizione dell'ordinamento anglosassone; è entrato nella Convenzione europea

dei diritti dell'uomo attraverso l'attività interpretativa della sua Corte; da lì penetrato nelle tradizioni giuridiche di Stati - come anche quello italiano - alle quali in origine non necessariamente apparteneva; ha finito per questa via per costituire quella base giuridica comune alla quale attinge, per la sua stessa strutturazione, l'ordinamento giuridico comunitario<sup>81</sup>. Oggi rientra nell'ordinamento anglosassone attraverso l'interpretazione della Corte di Strasburgo dell'art. 8 CEDU e dello Human Act 1998.

E' semplice, quindi, constatare come il catalogo dei diritti elaborato in campo internazionale sia chiamato ad influenzare i diritti interni, come parimenti le diverse tradizioni nazionali sono entrate nella redazione della Convenzione E.D.U. costituendo nel contempo la base giuridica comune dell'ordinamento comunitario e come esse abbiano avuto ingresso nell'attività interpretativa delle loro Corti (Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Giustizia), in un processo di circolare contaminazione che nel tempo si riproduce, di cui le previsioni di cui agli artt. 33, 64 e 130 cit. sono una ulteriore testimonianza.

---

## Note di chiusura:

1. Si veda S. CAPRIOLI, Introduzione al Seminario di studi “I problemi dei contratti – S. Marino, 8-9 settembre 1998, in *Miscellanea dell’Istituto giuridico sammarinese*, 6, 2000, 10 ss.
2. Il richiamo espresso è a P. O’CALLAGHAN, *Reversing Ubi Remedium ibi jus in the common law: the right of privacy*, in *European review of private law*, 5, 2007, 659 ss.
3. Cfr. *Douglas v. Hello* (n.3), in *Q.B.*, 2006, 125; *In Res (Achild)*, in *A.C.*, 2005, 1, 593.
4. *Campbell/ MGN*, in *A.C.*, 2004, 457.
5. Richiama “in prima facie” – l’espressione usata nel procedimento logico dei giudici inglesi in dissonanza con il tradizionale approccio rimediabile - P. O’CALLAGHAN, *Reversing Ubi Remedium ibi jus in the Common law: the right of privacy*, cit., 659 ss.
6. La Corte d’appello nel caso *McKennitt* ( in *EWHC*, 2005, 3003) afferma: “far from clear that the House of Lordsthat decided Campbell would have handled von Hannover in the same way as did the ECtHR”
7. Cfr *A v. B*, in *Q.B.*, 2003, 195 ss, dove specificatamente Lord Wolf si riferiscea: “authorities which relate to the action for breach of confidence prior to the coming in to force 1988 Act (...) are largely of historic interest only”.
8. Cfr. M. A. LIVI, F. MACARIO, *Profili generali, I soggetti*, in *Diritto privato europeo*, (a cura di) N. LIPARI, Padova 1996, 113, che a ragione ricordano come il legislatore comunitario emani le normative ordinandole secondo la tipologia dei soggetti destinatari, individuando insieme di vicende economiche attorno alle quali raggruppare la disciplina di ogni attività. Si discute, in questi termini, di uno status soggettivo, di derivazione comunitaria, come già rilevato per i paesi di Common law da W. G. FRIEDMANN, in *Some reflections on status and freedom*, da *Essays in honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, 222 ss, che definisce lo status come “un insieme aperto di situazioni di indifferenza positive o negative, in cui l’uomo viene a trovarsi nei rapporti sociali”, com’è la posizione soggettiva del consumatore. Cfr. anche V. ZENO ZENCOVICH, *Consumatore, tutela del*, in *Enciclopedia giuridica italiana Treccani*, VIII, Roma 1988. Cfr. le risoluzioni adottate dal Consiglio il 14 aprile 1975 (O.J. C 92/1, 1975), il 19 maggio 1981 (O.J. C 133/1, 1981), il 23 giugno 1986 (O.J. C 167, 1986) ed i piani triennali adottati dalla Commissione per la politica a tutela del consumatore: 1990-1992; 1993-95; 1996-98; v. anche la comunicazione (Com(2001) 398 def.) sul diritto contrattuale europeo, la strategia della politica dei consumatori (Com/2002 208 def.) e il libro verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione europea (Com/2001 531 def.).

Anche la legislazione regionale si è dedicata alla materia, già nel vigore del vecchio testo dell'art. 117 Cost., il cui riferimento alla disciplina di "fiere e mercati" è stato inteso in senso comprensivo anche della disciplina delle attività produttive e commerciali e di quella di tutela dei consumatori, specialmente attraverso la creazione di organi consultivi, composti anche da rappresentanti delle associazioni di categoria, su cui G. CARPANI, *La tutela del consumatore: tendenze di legislazione regionale*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1991, 559; critico sull'efficacia di tali fonti G. ALPA, *Manuale di diritto dei consumatori*, Bari, 1995, 14.

9. Non va dimenticato, infatti, come la regole che sovrintendono il mercato siano poste anche ai fini della protezione del consumatore. Una concorrenza non effettiva sul mercato, infatti, può non garantire un'alternativa seria nelle scelte degli acquirenti per la soddisfazione delle loro domande. Ponendo quest'ultimi nella necessità di concludere contratti alle condizioni negoziali fissate dal professionista, con conseguente vanificazione della fase delle trattative e della ricerca di condizioni contrattuali migliori, sostituite entrambi dalla conclusione del contratto mediante sottoscrizione di moduli o formulari, o dall'uso di strumenti telematici, di distributori automatici, o televendite.

10. Il riferimento esplicito è ad A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2005.

11. Cfr. A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, 117- 120.

12. Cfr. A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva /44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, 89, rispetto all'ambito soggettivo dell'applicazione del codice del consumo e specificatamente della disciplina della vendita di beni di consumo riportava il problema dei c.d. atti misti o relativi ai beni di uso promiscuo, che dovevano essere ricompresi nelle fattispecie regolate dalla direttiva 1999/44/CE.

13. Il legislatore italiano, nel recepire la direttiva 93/13/CEE, ha preferito utilizzare il termine "vessatorie" anziché "abusive", presenti, invece, nella direttiva. Le disposizioni erano già contenute negli artt. 1469bis e ss. c.c. e sono state trasfuse negli artt. da 33 a 37 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206. Gli articoli in ultimo citati, rispetto alla precedente disposizione (ex art. 1469quinquies c.c.), sanziona le clausole vessatorie, non più in termini di inefficacia, bensì di nullità, mediante appunto l'introduzione di una esplicita ipotesi di nullità di protezione.

14. Art. 33, l. c., del codice del consumo.

15. La prima è la cosiddetta azione d'interesse generale, derivante dal mancato rispetto di norme poste a tutela dell'interesse generale delle contrattazioni o in quello

---

fissato da norme imperative. La legittimazione a fare valere il vizio di nullità compete a chiunque vi abbia interesse. L'annullabilità è vizio meno grave, per cui il contratto produce i suoi effetti finché non venga annullato dal giudice. Al contrario della nullità l'azione di annullabilità può essere promossa solo della parte nel cui interesse è posta. Si legga sull'argomento F. GENTILI, *Le invalidità*, in (a cura di) E. GABRIELI, *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1280 ss.

16. Ricorda P. FRANCESCHETTI, *Il contratto*, Napoli, 2003, 359: "parte della dottrina (...) ha contestato la categoria della nullità relativa, si perché questa costituirebbe una intrinseca contraddizioni in termini sia perché le ipotesi che vi sono fatte rientrare integrerebbero altrettanti casi di inefficacia relativa dell'atto. Tutto sta nella concezione di nullità che si accoglie. Se si aderisce, infatti, alla tesi secondo cui tra nullità e annullabilità non esiste quel divario che la dottrina classica vorrebbe ravvisarvi, ma si tratta di patologie negoziali divergenti solo per alcuni effetti e stabilite ad arbitrio del legislatore, non ci sono ostacoli ad ammettere la categoria della nullità relativa; se, invece, si considera la nullità un istituto dai contorni ben definiti cui sono attribuite specifiche caratteristiche (improduttività di effetti, legittimazione assoluta all'impugnazione, rilevabilità d'ufficio), la categoria deve respingersi".

17. Cfr. M. NUZZO, *Commento agli artt. 33-38*, in *Codice del consumo*, Commentario, G. ALPA E L. ROSSI CARLEO (a cura di), Napoli, 2005, 262 ss.

18. Per tale ragione che la sanzione di cui all'art. 36 cod. cons. viene annoverata tra le cosiddette nullità di protezione di regime speciale rispetto alle previsione generale del codice, ed infatti l'attuale previsione della sanzione della nullità delle clausole vessatorie, comminata dall'art. 36 Codice del consumo, ha recepito le istanze della dottrina propensa a ravvisare, nell'inefficacia di cui al precedente art. 1469 quinquies c.c., la più grave forma di invalidità del contratto. Sul tema G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, 146 ss; G. PASSAGNOLI, *Art. 1469-quinquies comma 1, 3 e 5*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, 158 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 45; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 403 ss.; F. ALCARO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, 1119 ss.; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: "contratti dei consumatori" e condizioni generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1996, 501 ss.

19. Come è tale anche la disciplina della legittimazione all'impugnativa estesa anche alle associazioni.

20. In questo senso S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere ex art.*

1421 c.c. e le nullità contrattuali, in *Giust. civ.*, 2003, 295.

21. Ricorda S. STEFANELLI, *Il codice del Consumo*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, 209, che: "il consumatore si trova nell'alternativa di chiedere l'esecuzione del contratto, ovvero la dichiarazione di nullità di quella sua parte che venga ritenuta abusiva. Nella prima alternativa deve ritenersi ammissibile la prova dell'esistenza e del contenuto dell'accordo, sebbene ciò sarebbe escluso dalla disciplina generale della nullità, com'è per il divieto di prova per testimoni del contratto nullo per difetto di forma (artt. 2725, 2729, 2739 c.c.). Di conseguenza, se il divieto di prova resta operante ove il consumatore o l'associazione agisca per la declaratoria di nullità relativa, ciò non avverrà per il caso della domanda di esecuzione del contratto, ed entrambe le parti saranno ammesse a fornire elementi di formazione del convincimento del giudice riguardo all'esistenza ed al contenuto dell'accordo".

22. Sulla natura della nullità prevista dall'art. 36 del codice del consumo come nullità di protezione ci è occupati fin dalla vigenza degli art. 1469 bis ss c.c.. Per una indagine in termini generali, si veda M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. Merito*, 2004, 12, 2605. Si legga A. DI MAJO, *Le nullità nuove*, in *Il contratto in generale*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, t. VII, Torino, 2002, 130-131 che parla proprio di nullità-rimedio; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173 ss., indicava la nullità relativa alle clausole abusive come speciale rispetto alla nullità tradizionale, soprattutto in relazione alla legittimazione relativa e la parzialità. L' A. rintracciava comunque il carattere della generalità dell'istituto della nullità rimedio rispetto ai casi in cui ricorresse la stessa ratio, ad essi il regime della nullità poteva estendersi in via analogica. Ciò poteva quindi avvenire ogni qualvolta si delineasse squilibrio non eventuale ma strutturale fra le parti del rapporto contrattuale, e quando un criterio normativo attribuisse rilevanza formale allo squilibrio strutturale ad alterare in radice i presupposti di esercizio dell'autonomia negoziale e le dinamiche del mercato, come accade per l'A anche nella disciplina dell'abuso di posizione dominante commesso tramite attività negoziale nella legge sulla subfornitura nelle attività produttive. Nel senso che l'istituto di tale nullità speciale possa essere applicato anche in via generale S. BASTIANON in nota alla sentenza C. Appello Roma, 16 gennaio 2001, in *Danno e responsabilità*, 2001, 3, 284, così come M. MELI, *L'abuso di posizione dominante attraverso comportamenti di carattere negoziale: il caso Telepiù*, in *Giur. comm.*, 2002, 3, p. 319 e ss, il quale appunto torna sull'applicazione della riferita disciplina ai contratti di acquisto di diritti televisivi e cinematografici di eventi sportivi, conclusi da Telepiù in abuso della propria posizione dominante sul mercato della pay tv. Cfr. A. ORESTANO, *L'inefficacia delle*

---

clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali, in Riv. crit. dir. priv., 1996, 515 e A. SCALISI, Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, in *Il contratto e le tutele - Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 214 ss parlano di inefficacia piuttosto che di nullità. F.D. BUSNELLI, in C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI, Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469 bis – 1469 sexies, Padova, 1999, 41 si riferiscono alla previsione in esame come ad una sanzione di inefficacia parziale, più flessibile ed adeguata alla valutazione delle clausole secondo il principio di buona fede. Concorda sulla sanzione di nullità M. NUZZO, in Commentario al capo XIV bis del codice civile, cit., 852 ss.; Cfr. A. BELLELLI, in G. ALPA e S. PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Commentario degli articoli 1469 bis – 1459 sexies del Codice civile, I, Milano, 1997, 689 osservano come la disapplicazione nell'esclusivo interesse del consumatore della clausola c.d abusiva sia assolutamente compatibile con la sanzione di nullità che consegue all'illiceità della condotta del professionista: "di fronte all'abuso del potere regolamentare esercitato dall'imprenditore, la novella tutela il consumatore predisponendo un doppio livello di protezione giudiziale, sia individuale che collettiva. Presupposto della tutela è, in entrambi i giudizi, l'illiceità del comportamento dell'imprenditore". Si veda poi G. BARALIS, *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla l. n. 210 del 2004; spunti in tema di: varietà di contratti "garantiti", prestazione di fideiussione "impropria", riflessi sulla trascrizione, contenuto "necessario" del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze*, in Riv. Notariato, 2005, 4, 723, quando infatti anche l'art. 1 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, di tutela degli acquirenti degli immobili da costruire, regola una forma di nullità di protezione per cui, all'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia". Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*,

in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 963 e ss., C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003, 468 ss., autori tutti che sostengono in relazione alle previsioni di cui all'art. 36 del codice del consumo il passaggio dal contratto del consumatore, come species, al genus del contratto con asimmetria di potere contrattuale tra le parti.

23. Così rileva V. ROPPO, *Contratto di diritto comune cit.*, 918, la regola espressa in base alla quale "il contratto rimane efficace per il resto", non fa l'art. 1419, comma 1, c.c., a vantaggio del consumatore, "eliminata la clausola vessatoria, l'originario equilibrio del contratto è alterato a favore del consumatore e a danno del professionista: questi avrebbe interesse alla totale inefficacia del contratto, che invece gli è preclusa; mantenere in vita il contratto col nuovo equilibrio favorevole al consumatore avvantaggia quest'ultimo".

24. S. STEFANELLI, *Il codice del Consumo cit.*, 209.

25. A norma dell'art. 45 d. lgs. n. 206/2005 si considerano stipulati fuori dai locali commerciali i negozi sorti: "a) durante la visita dell'operatore commerciale al domicilio del consumatore o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi, anche temporaneamente, per motivi di lavoro, di studio o di cura; b) durante una escursione organizzata dall'operatore commerciale al di fuori dei propri locali commerciali; c) in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine, comunque denominata; d) per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza dell'operatore commerciale". Ai sensi dell'abrogato art. 9, comma 1, le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 50/1992 si applicavano anche alle forme di vendita definite "speciali", realizzate "sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, e finalizzate ad una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici". Su tali particolari forme di vendita si veda G. GRISI, *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 875 ss.; C. ROSSELLO, *Contratti conclusi via Internet: i profili giuridici*, con particolare riguardo alla direttiva sui contratti a distanza con i consumatori e alla tutela dei dati personali, in *Econ. dir. terziario*, 1998, 69 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, 1189; F. TORRIELLO, *La protezione dell'acquirente a distanza*, in *Corr. giur.*, 1999, 1066 ss.; G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, Milano, 1999; M. CRISOSTOMO, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: l'esordio di una disciplina*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2304; M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori*

---

dei locali commerciali alla luce del d. leg. n. 50/1992, in *Contratto e Impresa*, 1993, 152; AA. VV. (a cura di) N. LIPARI, Attuazione della direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, 176; M. CARTELLA, La disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in *Giur. comm.*, 1992, I, 715 ss.

26. In generale sulle onseguenze dell'inadempimento del contratto R. CIPPITANI, in *I contratti e le obbligazioni*, in (a cura di) A. PALAZZO, A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, 149, il quale ricorda come: "la disciplina comunitaria dei contratti predispose una quadro articolato di conseguenze, nel caso di violazione delle regole. Da un lato vengono approntati strumenti di tutela dei molteplici interessi superiori alle parti e alla stessa vicenda contrattuale. Detta tutela comporta l'inserzione automatica delle regole e l'inefficacia delle pattuizioni illegittime (...) Dall'altro lato, l'obiettivo preminente della tutela di detti interessi e soprattutto quella del consumatore o della parte debole, impone soluzioni diverse dall'inefficacia. Le direttive prevedono, a tale riguardo, diverse soluzioni tecniche. La prima di queste soluzioni è certamente il diritto di ripensamento, di cui si è detto; il diritto al ripensamento non riguarda soltanto i contratti tra consumatori e professionisti, ma, nella forma del recesso, anche nel caso di rapporti tra professionisti. In questi casi il diritto di ripensamento o il recesso permettono di sciogliersi dal vincolo contrattuale, senza necessità di dimostrare l'inadempimento".

27. Cfr. art. 47 cod. consumo. Specificatamente sul significato di informazione al consumatore in merito al diritto di recesso si legga Cassazione, Sezione III civile, Sentenza 3 ottobre 2003, n. 14762, in *Vita Notale*, 2004, 307: "Ed invero la direttiva del Consiglio Cee 577/85, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, all'articolo 4 (trasfuso nell'articolo 5 del decreto legislativo in esame) prevede che il commerciante debba informare il consumatore del suo fondamentale diritto al recesso, consegnando detta informazione scritta al momento della stipulazione del contratto, così prevedendo il carattere preventivo della informazione o in altri termini, ora più correnti nella prassi, il carattere del consenso informato sull'esercizio del diritto fondamentale di recesso. Tale puntualizzazione è stata colta dalla migliore dottrina. Il legislatore italiano, nel trasfondere il principio della direttiva nella norma nazionale (articolo 5 comma secondo) non ne attenua il rigore, prevedendo l'inserzione della clausola di recesso nel contesto delle altre clausole del contratto, proprio perché considera due requisiti essenziali di forma, con norma inderogabile ed imperativa perché attiene all'ordine pubblico dei rapporti economici nelle negoziazioni tra una parte debole (il consumatore) e la parte commercialmente forte (il commerciante o l'imprenditore). Il primo requisito

ottiene alla autonomia della clausola di recesso che deve restare separata dalle altre clausole, per rendere chiara, trasparente ed immediata la informazione. Non è allora ammissibile che la clausola sia inserita in un contesto uniforme di clausole di apparente pari rilevanza, ed inserite secondo una sequenza numerata, come è nella nota d'ordine in esame. Il secondo requisito attiene alla evidenza grafica della informazione, che deve avere caratteri grafici eguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento". Sull'obbligo di informazione si veda anche D. VALENTINO, Obblighi di informazione e vendite a distanza, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 377 ss.

28. Per la precisione l'art. 45, comma 2, d. lgs. n. 206/2005 consente il recesso, oltre che dai contratti, anche dalle proposte contrattuali, sia vincolanti che non vincolanti, effettuate dal consumatore in relazione alla fornitura di beni o alla prestazione di servizi e per le quali non sia ancora intervenuta l'accettazione del professionista

29. Cfr. artt. 66 e 67 d. lgs. n. 206/2005. Diritto di recesso originariamente previsto dall'art. 4 d. lgs. n. 50/1992. Si veda sul punto G. SANTOSUOSSO, Il diritto di ripensamento nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali dell'imprenditore, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 130; V. N. SCANNICCHIO, Vendite fuori dell'impresa, diritto di recesso ed effetti delle direttive comunitarie nei rapporti tra privati, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 99 ss.;

30. A. DI MAJO, *Il linguaggio cit.*

31. In questi termini Corte di Cassazione, n. 2741/1983; così come ancora Corte di Cassazione, n. 5454/1990 e *Id.*, n. 1609/1994.

32. Così M. BIANCA; *Il contratto*, Milano, 1987, 737.

33. Sempre M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 739, il quale afferma che la retroattività degli effetti del recesso non trova alcun riscontro nel diritto positivo, né tanto meno nella necessità di salvaguardare i diritti dei terzi i cui diritti acquisiti comunque non sarebbero travolti. Contra R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, 692, per i quali la retroattività degli effetti non potrebbe essere prevista arbitrariamente dalle parti, ma solo da legislatore, proprio in quanto capace di pregiudicare i diritti dei terzi.

34. Ancora M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 739.

35. Ricostruisce il recesso come diritto Trib. di Roma 15 febbraio 2002, in *Temi romana*, 2001, fasc.2, 76, il quale afferma: "il consumatore che stipula una proposta o un atto di acquisto al di fuori dei locali commerciali ha diritto di esercitare ai sensi dell'art.4 e ss D.Lgs. n. 50/1992, lo ius poenendi ovvero il diritto potestativo di ripensamento; l'esercizio di questo diritto, denominato "recesso" dalla normativa di riferimento, produce effetti propri dell'atto di revoca"

36. Va ricordato che come la dottrina già sotto la vigenza degli artt. 1519 bis – nonies

---

c.c. non applicasse detto articolo solo alla vendita ma anche ai contratti di permuta, somministrazione, appalto, contratto d'opera e a "tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre"(art. 1519-bis, co. 1, c.c.). Sottolinea G. DE NOVA, art. 1519-bis, in G. ALPA, G. DE NOVA (a cura di), L'acquisto di beni di consumo, Milano, 2002, 17, come il legislatore abbia impiegato la tecnica di legiferare non già per tipo contrattuale, bensì per gruppo di contratti. Cfr. E. GABRIELLI, Il contratto e l'operazione economica, in Riv. dir. civ., 2003, 93 ss ritiene che questa tecnica legislativa affondi la sua ragione di essere nell'esigenza di tutelare il consumatore quando è coinvolto in certe operazioni economiche con il professionista, al di là dei rilievi formali relativi al tipo di contratto impiegato per realizzare una certa operazione Per un'analisi delle fattispecie contrattuali incluse già nella disciplina di cui agli artt. 1519-bis ss. c.c., cfr. A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, La vendita dei beni di consumo, Padova, 2002., 8 ss. Si veda anche E. GABRIELLI, La consegna di cosa diversa, Napoli, 1987, 8 ss, il quale riferiva anche la fattispecie dell'*aliud pro alio* del codice civile a contratti ulteriori rispetto a quello di compravendita.

37. Avversa l'idea di una gerarchizzazione dei rimedi proposti G. AMADIO, Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche, in Riv. Dir. Civ., 2001, I, 901; si veda anche C. App. Torino, 22 febbraio 2000, in Giur. It., 2000, 2112, con nota di A. CIATTI, Azione inibitoria, sostituzione in corso di causa di condizioni generali di contratto abusive ed esclusione della facoltà del compratore di risolvere il contratto di compravendita, il quale osserva che la gerarchizzazione potrebbe frustrare proprio l'interesse del consumatore diretto allo scioglimento del contratto piuttosto che alla sua conservazione.

38. G. PISCIOTTA., Scambio dei beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente, Napoli, 2003, 23.

39. La norma precisa che il ripristino mediante la riparazione o la sostituzione del bene deve avvenire senza spese per il consumatore.

40. Sul punto A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, La vendita cit., 76, escludono che il venditore possa addurre impossibilità di carattere soggettivo in ordine alla richiesta di riparazione o la sostituzione. In ogni caso il 4 comma, dell'art. 1519 quater c.c., indica i criteri in ragione dei quali un rimedio può dirsi eccessivamente oneroso rispetto all'altro. Sarà eccessivamente oneroso il rimedio che impone al venditore spese irragionevoli in confronto all'altro possibile rimedio, in ragione sia del valore che il bene avrebbe se non fosse gravato dal difetto di conformità, sia dell'entità del difetto, tenuto conto anche della eventualità per cui il rimedio alternativo possa essere realizzato senza notevoli inconvenienti per il consumatore.

41. G. PISCIOTTA, Scambio dei beni cit., 23 che sottolinea come solo nel caso in cui "il

venditore non abbia provveduto entro il termine congruo o nel caso che la riparazione o la sostituzione precedentemente effettuata abbia arrecato notevoli inconvenienti al consumatore, questi potrà rivolgersi al giudice per ottenere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto”.

42. L. DI PAOLA Vendita dei beni di consumo: si rafforzano le garanzie per l'acquirente, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, 319, il quale evidenzia anche come il rimedio risarcitorio non è sempre in grado di compensare effettivamente il disagio subito per il mancato, tempestivo, utilizzo del bene.

43. In questi termini A ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita cit.*, 71.

44. Cfr. G. AMADIO, *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, A.A.V.V. (a cura di ) S. PATTI, Milano, 2004, 193, contra A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione cit.*, 89, per cui la tutela apprestata dalla previsione oggi art. 130 del codice del consumo sarebbe ricostruibile in termini risarcitori.

45. Cfr. art. 8 Dir. 99/44 CE.

46. Ai sensi dell'art. 1218 c.c conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

47. Ancora G. PISCIOTTA, *Scambio dei beni cit.*, 149.

48. Così L. FOLLIERI, *Commento agli art. 130*, in (a cura di) G. VETTORI, *Codice del Consumo*, 2007, 947.

49. A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita dei beni di consumo*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 1 ss.

50. Si veda art. 129 cod. consumo. Ed ancora G. AMADIO, *Commentario sulla vendita cit.*, 193.

51. L'espressione è di I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 14.

52. Si legga N. TROCKER, *Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'opera creatrice della Corte di Giustizia della Comunità europea*, in A.A.V.V., *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, 273.

53. Afferma sempre I. PAGNI, *Tutela specifica cit.*, 80: “è questa, del resto, la direzione in cui si muove il futuro del diritto europeo dell'obbligazioni e dei contratti: l'accento sui rimedi di tutela specifica è posto tanto nei principi Unidroit, dove il modello della specifico performance si impone salvo una serie di ragionevolissime eccezioni, quanto nei principi Lando del diritto contrattuale europeo, che ribadiscono la priorità dell'adempimento in natura”.

54. Testualmente A. DI MAJO, voce *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. Giur. italiana*, Vol. XXXI, Roma, 1994, 1.

55. Così S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, *passim*.

- 
56. Cfr. S. MAZZAMUTO, I rimedi, in *Manuale di diritto privato europeo*, C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), II, Milano, 2007.
57. U MATTEI, U. I rimedi, in R. SACCO (a cura di), *La parte generale del diritto civile* 2, Il diritto soggettivo, Torino, 2001, 107.
58. Sul rapporto tra tutela specifica e per equivalente, nonché sull'incidenza delle tutele processuali offerte da un ordinamento sul contenuto sostanziale del diritto A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 10 ss.
59. I diritti riconosciuti ai consumatori sono diversi e di varia natura. L'art. 2, comma secondo, del d.lgs. 205/2006 li elenca: "ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza".
60. Così ancora A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria cit.*, 3.
61. S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1957, 3; e R. NICCOLO', *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 77 ss
62. Testualmente ancora A. DI MAJO, *op. ul. cit.*, 3.
63. R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nuovissimo Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1962, 168.
64. Si veda H. STOLL, *Consequences of liability: remedies*, in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Vol. XI, Tubingen, 1972, 8 e 63.
65. Cfr. art. 139 d.lgs. n. 206/2005: "Le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Oltre a quanto disposto dall'articolo 2, le dette associazioni sono legittimate ad agire nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice, nonché dalle seguenti disposizioni legislative: a) legge 6 agosto 1990, n. 223, e legge 30 aprile 1998, n. 122, concernenti l'esercizio delle attività televisive; b) decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 541, come modificato dal decreto legislativo 18 febbraio 1997, n. 44, e legge 14 ottobre 1999, n. 362, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano. 2. Gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, possono agire, ai sensi del presente articolo e secondo le modalità

di cui all'articolo 140, nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato".

66. Cfr. art. 140, 1 c. e 10 c., d.lgs. n. 206/2005: "1. I soggetti di cui all'articolo 139 sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale: a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate". (...) 10. Per le associazioni di cui all'articolo 139 l'azione inibitoria prevista dall'articolo 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo.(...)"

67. Testualmente S. BENUCCI, Commento agli artt. 139-141, in (a cura di) G. VETTORI, Codice del Consumo, 2007, 1092.

68. Si veda I. PAGNI, Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (prime riflessioni sull'art. 3, l. 30 luglio 1998, n. 281), in A. BARBA (a cura di), Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, Napoli, 2000, 144-145, la quale sottolinea a riguardo della tutela inibitoria già prevista nella precedente L. 81/98: "l'inibitoria, per la natura del rimedio preventivo e specifico, consente una tutela piena di situazioni soggettive sganciate dallo schema proprietario tradizionale e connesse con il diffondersi dei rapporti giuridici e sociali dell'economia di massa, quali sono, appunto i diritti dei consumatori (ma non è diverso il discorso per il diritto alla salute, alla protezione all'ambiente, ai diritti di privacy) sicché essa diviene un rimedio alternativo o tutt'al più complementare alla tutela risarcitoria, che risulta particolarmente inadeguata a garantire l'effettiva attuazione dei nuovi diritti".

69. Di diverso avviso G. DE NOVA, I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni, in Contratti, 1998, 546, il quale ritiene, invece, che l'azione diretta ad ottenere misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate avesse carattere successivo, mentre l'inibitoria carattere preventivo.

70. Contra E. MARINUCCI, Azione collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori, in Riv. dir. proc., 2005, 54, la quale precisa per le azioni promosse in sede collettiva che in questi casi non si possa avere né una condanna al risarcimento, né alla restituzione; mentre la sentenza potrebbe avere ad oggetto una condanna generica ad un facere rivolto rimuovere le conseguenze dannose della condotta, oltre che un accertamento dei fatti.

71. In generale sulla peculiare funzione del contratto nell'ordinamento comunitario

---

che trascende quella tradizionale assegnata dagli ordinamenti nazionali, si veda R. CIPPITANI, I contratti cit., 154 ss.

72 Si legga P. G. MONATERI, La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l'Unione europea, in A. M. PETRONI (a cura di), Modelli giuridici ed economici per a Costituzione europea, Bologna, 2001, 87 ss; nonché R. SACCO, Introduzione al diritto comparato, in Trattato di diritto comparato, R. SACCO (diretto da), Torino, 1992, I, 132 ss; ID., Circolazione e mutazione dei modelli, in Dig. disc. priv., Torino, 1988, II, 365 ss.

73. L'ordinamento dell'Unione europea prevale su tutte le disposizioni degli ordinamenti nazionali, e ciò si verifica anche se le disposizioni nazionali sono successive a quelle emanate dall'Unione. Questo principio, che si collega con quello della diretta applicabilità, è stato affermato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella nota pronuncia Costa/ Enel (Corte di Giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, in Racc., 1964, 1129 ss.).

74. Principio elaborato dalla Corte di Giustizia fin dalla sentenza Van Gend & Loos del 5 febbraio 1963, C-26/62, in Racc., 1963, 3.

75. Siffatta tipologia di atto impone obblighi solo nei confronti degli Stati, anche se a tal proposito va ricordato - proprio in relazione alla qualificazione giuridica delle posizioni dei singoli nei rapporti interindividuali che dipendono dalle direttive non attuate - che non si può escludere a priori che quest'ultime siano in grado di realizzare qualche effetto di natura orizzontale. Proprio la Corte di Giustizia ha evidenziato come le direttive inattuata, che non possono produrre effetti tra i privati, possono di fatto rendere immuni da responsabilità i singoli che pongono in essere comportamenti che, non consentiti dal diritto interno, sono invece previsti in una direttiva rimasta priva di attuazione. Si legga Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, C-194/94, CIA Security International/ Signalson and Securitel, in Racc., 1996, I, 2201. Per un commento sui possibili effetti orizzontali delle direttive inattuata nei termini indicati, si veda C. HILSON, T. DOWNES, Making sense of rights: community rights, in Eur. law. rew., 1999, 121.

76. Il Trattato di Maastricht ha dato ingresso al principio di sussidiarietà come strumento di limitazione all'azione della Comunità e contrappeso per gli Stati alle nuove competenze in esso stabilite. Da alcuni autori la sussidiarietà è stata definita principio costituzionale dell'ordinamento comunitario (così C. CURTI GIALDINO, Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea, Roma, 1993, 5). Infatti la sussidiarietà è considerata ai sensi dell'art. 5 del Trattato C.E. principio informatore dell'ordinamento comunitario, in quanto "nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà, soltanto e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione

prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell'azione in questione, possono essere realizzati meglio a livello comunitario". Quando cioè le competenze sono concorrenti, e quindi i livelli di governo nazionale e comunitario possono entrambi operare in un settore determinato, l'integrazione che si verifica implica che un potere possa sostituirsi all'altro ogni qualvolta ciò sembri maggiormente adeguato agli interessi da proteggere. Il principio di sussidiarietà, comunque, non potrà mettere mai in discussione le competenze della Comunità così come ad essa attribuite dai Trattati ed interpretate dalla Corte di Giustizia (si veda G. STROZZI, Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea, in Riv. it. dir. pubbl. comm., 1993, 59; nonché sempre G. STROZZI, Alcuni interrogativi a proposito della delimitazione delle competenze nell'Unione europea, in Riv. dir. int., 1994, 136; A. TIZZANO, Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee, in Riv. dir. eur., 1981, 139.). Sussidiarietà, quindi, "significa che ogni problema deve essere affrontato al livello più opportuno – locale, regionale, nazionale - cioè al livello che garantisca la più efficace soluzione"(così espressamente sul principio di sussidiarietà la Commissione europea nella sua Relazione sul funzionamento del Trattato dell'Unione europea del 10 maggio 1995). Detto principio assicura un corretto sviluppo dell'azione comunitaria (cfr. A. TIZZANO, Le competenze dell'Unione ed il principio di sussidiarietà, in Dir. un. eur., 1997, 1-2, 229 ss. ) permettendo alla stessa - nel rapporto con gli Stati nei settori di competenze concorrente - di estendere la propria azione ricorrendo le circostanze e dall'altro di arretrarla quando non più necessaria per il raggiungimento di un obiettivo che potrà essere soddisfatto, o è stato tale, da scelte effettuate dal governo locale. Non si può, infatti, non riconoscere al principio una sorta di presunzione di competenze meglio soddisfatte da azioni di governo più vicino ai cittadini, derogabile solo ed in quanto gli interessi coinvolti e la natura degli obiettivi perseguiti necessitano l'intervento del governo comunitario. Sul fatto che l'efficienza dell'azione ed il migliore conseguimento dell'obiettivo costituiscano la ratio giustificatrice dell'intervento comunitario secondo il principio di sussidiarietà, si veda Tribunale di primo grado CE, sentenza del 14 gennaio 1995, T-114/92, in Racc., 1995, II-147; così come Corte di Giustizia CE, sentenza del 22 maggio 2003, C-103/01, in Racc., 2003, I-5369. L'aderenza ai due criteri (maggiore efficienza dell'azione e necessità di intervento per il migliore conseguimento dell'obiettivo) come unici presupposti fondanti il ricorso al principio di sussidiarietà è richiamata dalla Commissione europea stessa, la quale si è espressamente impegnata a "legiferare" facendo ricorso al principio di sussidiarietà solo quando la realtà evidenzia la presenza dei due presupposti (impegno contenuto nella Relazione della Commissione del 7 dicembre del 2001, denominata

appunto Legiferare meglio 2001, Co. (2001)728).

77. Si vedano le conclusioni dell'avvocato generale La Pergola nella sentenza Corte di Giustizia CE, causa 212/97, Centros c. Erhvervs-og Selkskabstyrelsen, in Racc., 1999, I, 1459, punto 20, il quale afferma: "in assenza di armonizzazione, insomma, è la concorrenza tra sistemi normativi (competition among the ruels) a dover avere libero gioco...". La sentenza si riferiva all'impossibilità di uno Stato membro di rifiutare la registrazione di una s.r.l., costituita in un altro Stato comunitario, al solo scopo di eludere la normativa interna caratterizzata da regole più onerose relativamente al capitale sociale. In questa ipotesi la Corte riaffermava la possibilità dello Stato, nel quale veniva stabilita una filiale della società, di poter operare in tema di repressione di abusi, ma anche che non può definirsi abuso del diritto di stabilimento la scelta di costituire una società all'estero.

78. Cfr. art. 3, 1 par., lett. c, T.C.E., nonché art. 2 T.U.E.

79. Così M. GRAZIADEI, Diritto soggettivo, potere, interesse, in R. SACCO ( diretto da) Trattato di diritto civile, 2, Torino, 2001, 20.

80. Cfr. R. HELFER, Forum shopping for human rights, in Univ. penn. law rev., 1999, 285, il quale ricorda come i singoli, attraverso il ricorso stabilito in alcuni Trattati di diritto internazionale a organi di tutela giurisdizionale, abbiamo avuto la possibilità di influenzare l'evoluzione del diritto interno dei propri Stati di appartenenza.

81. Ci sia consentito il rinvio al nostro, V. COLCELLI, Riservatezza e trattamento dei dati personali nella normativa dell'Unione europea, in A. PALAZZO e A. SASSI (a cura di), Diritto privato del mercato, Perugia, 2007, 457 ss.





# DIRITTO ALLA SALUTE E LIBERTA DELLA PERSONA

Carlo Fiorio

## SOMMARIO:

1. La prospettiva costituzionale. 2. Status detentionis e diritto alla salute. 3. La riforma penitenziaria del 1975. 4. La rilevanza dello stato di salute nel sistema cautelare personale. 5. Custodia cautelare in carcere e diritto alla salute nel codice di procedura penale del 1988. 6. (Segue): la custodia cautelare in luogo di cura. 7. Esecuzione penale e tutela del diritto alla salute. 8. Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena. 9. (Segue): il rinvio obbligatorio per i malati terminali. 10. Il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena. 11. Le misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria. 12. La detenzione domiciliare. 13. Considerazioni di sintesi.

## ABSTRACT:

I valori di vertice espressi dalla riforma dell'art. 111 della Costituzione italiana impongono un adeguamento delle categorie concettuali soprattutto nell'ambito del diritto esecutivo penale, tradizionalmente ristretto tra l'esercizio del potere amministrativo e le prerogative di quello giurisdizionale. Invero, nonostante le tensioni verso la giurisdizione fossero emerse con forza già all'indomani della codificazione processuale penale del 1988, particolarmente ambigua è rimasta la questione dei confini tra i due poteri, se a tutt'oggi l'amministrazione penitenziaria gode di una discrezionalità pressoché illimitata nel limitare l'esercizio di taluni diritti soggettivi della persona detenuta. La legge fondamentale di ordinamento penitenziario, nonostante le profonde modificazioni di cui è stata oggetto, continua, infatti, ad essere fortemente equivoca in punto di riconoscimento di situazioni soggettive in capo alla persona *in vinculis*, avendo sempre evitato di sancire espressamente la titolarità per il detenuto di tutti i diritti individuali non necessariamente limitati dallo stato di detenzione.

Poiché il diritto alla salute costituisce l'unica situazione soggettiva definita come «fondamentale» dalla Costituzione, lo studio dell'effettività che ad esso è garantita dall'ordinamento penitenziario può costituire la cartina di tornasole per verificare il livello di garanzie che l'ordinamento riconosce ai diritti soggettivi della persona *in vinculis*.

## 1. La prospettiva costituzionale

Attraverso l'elaborazione costituzionale, la salute è stata annoverata tra i beni primari dell'uomo, in quanto condizione indispensabile ed imprescindibile affinché ogni individuo possa esprimere compiutamente e liberamente<sup>1</sup> la propria personalità. Ed in questo senso, il formale riconoscimento di un diritto fondamentale della persona<sup>2</sup>, nonché di un preminente interesse della collettività, vale a ricondurre l'affermazione cristallizzata nell'art. 32 Cost. tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale della Repubblica<sup>3</sup>.

L'art. 32 comma 1 Cost. impone alla Repubblica di tutelare «la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività» nonché di garantire «cure gratuite agli indigenti». L'intrinseca ambiguità di tale formulazione, oscillante tra l'interesse individuale ed il momento collettivo, ha costituito la causa primaria di un lungo dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, arroccatosi intorno alla natura ed ai contenuti enucleati dalla disposizione costituzionale. I meno recenti orientamenti dottrinali hanno classificato l'art. 32 Cost. tra le proposizioni normative a mera valenza programmatica, negandone il carattere realmente innovativo e l'immediata precettività<sup>4</sup>. Una tale impostazione esprimeva un concetto fortemente riduttivo del termine "salute"<sup>5</sup>, nonostante già a far data dal 1948 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ne avesse fornito, in sede statutaria, una nozione ampia in termini di «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale», non consistente soltanto «nell'assenza di malattie e di infermità»<sup>6</sup>. Dal canto proprio, anche le prime applicazioni della giurisprudenza costituzionale non fornirono indicazioni di rilievo<sup>7</sup>. Anzi, le aperture del giudice di costituzionalità degli anni successivi, giunsero «a rimorchio» di una realtà sociale che si andava modificando, e furono anticipate dall'intervento del legislatore, dalle aperture di una parte della giurisprudenza comune e dagli stimoli della dottrina<sup>8</sup>.

Solamente a partire dagli anni Settanta del secolo passato è andata affermandosi una nozione ampia di "salute", i cui prodromi, emergendo in modo particolare da alcune fondamentali decisioni delle Sezioni Unite

della Corte di cassazione<sup>9</sup>, si sono concretizzati nel riconoscimento, in capo all'individuo, di un diritto fondamentale primario ed assoluto, direttamente tutelato dalla Costituzione ed insuscettibile di compressione da parte della pubblica amministrazione, quand'anche essa operi a tutela della salute pubblica<sup>10</sup>. Ed il passaggio da una lettura atomistica e riduttiva della disposizione costituzionale ad un esame sistematico idoneo a favorire il coordinamento tra l'art. 32 e gli artt. 2 e 3 comma 2 Cost., condusse anche la giurisprudenza costituzionale a comprendere il diritto alla salute tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione, quale «diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati»<sup>11</sup>.

Le difficoltà d'ordine interpretativo in cui sono incorse dottrina e giurisprudenza nel tentativo di ricondurre un onnicomprensivo e generico «diritto alla salute» alle tradizionali categorie dogmatiche rappresentate dal diritto soggettivo e dall'interesse legittimo sono imputabili alla pluralità di letture cui l'art. 32 Cost. si presta. Molteplici, invero, si presentano i contenuti della norma costituzionale, suscettibili di tradursi in una serie di autonome situazioni soggettive, quali, stando ad un'accreditata classificazione, il diritto alla integrità psicofisica, il diritto ad un ambiente salubre, il diritto ai trattamenti sanitari, il diritto alla scelta del medico e del luogo di cura, il diritto alle cure gratuite per gli indigenti ed il diritto a non essere curato<sup>12</sup>.

Rispetto a tali situazioni, il ruolo giocato dalla pubblica amministrazione è in funzione dei costi di natura organizzativa che essa è chiamata a sopportare. Se, infatti, è pacifico il riconoscimento del diritto alla salute tra le situazioni giuridiche soggettive piene ed assolute, allorché esso debba essere riconosciuto e tutelato nei rapporti tra privati, lo stesso non è a dirsi quando esso si manifesti come pretesa ad una prestazione tale da comportare l'utilizzazione di un apparato amministrativo. In simili ipotesi, dall'esercizio di poteri discrezionali da parte della pubblica amministrazione<sup>13</sup> nell'ambito della sua potestà di autorganizzazione discende il rischio di un'inevitabile degradazione<sup>14</sup> del diritto primario ed inviolabile alla salute al rango di mero interesse legittimo, seppur di tipo pretensivo, determinando l'emersione di una particolare categoria di diritti, quelli c.d. «finanziariamente condizionati».

---

Tale processo di relativizzazione del diritto alla salute non sarebbe senza conseguenze da un punto di vista procedimentale, posto che solamente il diritto soggettivo perfetto può essere azionato, attraverso iniziative di tipo cautelare e risarcitorio, dinanzi al giudice ordinario. Il degrado del diritto alla salute a mero interesse legittimo innerva, invece, un modello di tutela giudiziale obiettivamente depotenziata, culminante nella caducazione del provvedimento amministrativo che neghi la fruizione della prestazione sanitaria ovvero ne disponga una forma di godimento giudicata imperfetta o insufficiente<sup>15</sup>.

Siffatte contraddizioni latenti nel sistema si sono manifestate particolarmente in occasione della vicenda relativa al c.d. multitrattamento Di Bella, in cui si sono avvicendati provvedimenti d'urgenza emessi sia dal giudice ordinario che da quello amministrativo, tutti diretti ad ordinare al servizio sanitario nazionale di erogare gratuitamente la somatostatina ai malati affetti da patologie tumorali, i quali non avessero tratto giovamento dalle metodologie terapeutiche ufficiali. La situazione di incertezza interpretativa, imputabile alla circostanza che identiche questioni erano state sollevate dinanzi a giurisdizioni distinte e decise senza che nessun organo avesse avanzato dubbi circa la propria capacità, è stata acuita dall'ambiguità della causa petendi, talora intesa quale diritto soggettivo, talaltra, invece, come interesse legittimo<sup>16</sup>.

Anche sulla scorta di tale disorientamento interpretativo, un tentativo di razionalizzazione è stato operato dal legislatore, il quale, attraverso l'art. 33 comma 2 lett. e d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80<sup>17</sup>, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo un numero cospicuo di materie, tra le quali rilevano in modo particolare, ai nostri fini, le controversie «riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale»<sup>18</sup>. Il potenziamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, cui è altresì stato attribuito il potere di disporre, «anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto» (art. 35 comma 1 d. lgs. n. 80 del 1998), apre così nuove prospettive sia in ordine all'esatta qualificazione delle categorie dogmatiche in gioco, sia in riferimento al quantum di garanzie riconosciute al

singolo nei confronti dell'apparato, ben potendosi ipotizzare scenari in cui l'effettività della tutela offerta dal giudice amministrativo renderà superflua la sussunzione della causa petendi nelle tradizionali figure dell'interesse legittimo o del diritto soggettivo.

## **2. Status detentionis e diritto alla salute**

La necessità di armonizzare la protezione del diritto alla salute della persona in vinculis con le finalità di sicurezza coesenziali all'ordinamento penitenziario, impone che l'attività del legislatore ordinario, lungi dal concretarsi quale potestà limitativa o restrittiva di un diritto già pienamente posseduto dal suo titolare, si spieghi nel senso di consentire l'esercizio del diritto medesimo nelle forme compatibili con l'ordinamento speciale<sup>19</sup>. Tuttavia, nonostante l'inserimento della medicina penitenziaria nel servizio sanitario nazionale<sup>20</sup>, il diritto alla salute della persona in vinculis pare ancora subire limitazioni più consistenti di quelle operanti per gli individui in libertà.

Sotto il profilo contenutistico, non tutti i predicati della formula «diritto alla salute» sono suscettibili di essere riferiti alla persona detenuta: nella realtà delle cose, la libertà terapeutica del malato è, infatti, completamente subordinata all'esigenza di assicurare la tutela delle esigenze di sicurezza istituzionalmente demandate all'amministrazione penitenziaria. E' il caso, ad esempio, della possibilità di scegliere il luogo di cura o il medico curante<sup>21</sup>, ovvero di proseguire cure iniziate in stato di libertà, anche se, in una prospettiva più generale, il problema concerne l'effettività di tutti i trattamenti sanitari<sup>22</sup>. L'affievolimento del diritto fondamentale dell'individuo è, infatti, evidente, laddove si consideri che la sua azionabilità è spesso subordinata all'emissione di un provvedimento amministrativo, qual è l'autorizzazione del direttore dell'istituto. E non giova obiettare che per gli imputati il provvedimento assume forme giurisdizionali, posto che il regime dei controlli dinanzi il giudice ordinario è il medesimo, cioè a dire nessuno.

Invero, nonostante la Corte costituzionale<sup>23</sup> e la giurisprudenza di legittimità<sup>24</sup> ne abbiano da tempo formalizzato il riconoscimento, la tutela del diritto alla salute in carcere, garantita dall'art. 11 ord. penit.

---

e dall'art. 17 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 (d'ora in poi: reg. es.), è caratterizzata, quanto a dinamiche operative, dalla più totale informalità. La legge di ordinamento penitenziario tratteggia un procedimento carente delle benché minime garanzie in punto di contraddittorio e controllo. Persino la doppia valutazione concernente, da un lato, l'inefficienza operativa e/o strutturale del servizio sanitario interno all'istituto e, dall'altro lato, la conseguente necessità di trasferire i detenuti definitivi<sup>25</sup> o gli internati in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura, viene operata, senza formalità, da parte del magistrato di sorveglianza (art. 11 comma 2 ord. penit.) ovvero nei casi di assoluta ed estrema urgenza (artt. 11 comma 3 ord. penit. e 17 comma 8 reg. es.), da parte del direttore dell'istituto e si risolve in un provvedimento che, per giurisprudenza consolidata e costante, si ritiene rivesta mero carattere amministrativo e quindi non sia impugnabile davanti al giudice ordinario<sup>26</sup>.

### **3. La riforma penitenziaria del 1975**

Nel tentativo di garantire completa e piena realizzazione ai diritti relativi all'integrità fisica, il trattamento penitenziario realizza i contenuti espressi dall'art. 32 Cost. attraverso le condizioni generali contemplate dagli artt. 5-11 ord. penit. Più in particolare, all'interno di tale corpus operano, per un verso, norme poste a tutela preventiva della salute dei soggetti privati della libertà, e volte ad assicurare la realizzazione delle minime condizioni ambientali ed igieniche, nonché di un regime di cura compatibili con il mantenimento dell'integrità fisica<sup>27</sup>. Per altro verso, disposizioni quali l'art. 11 ord. penit. appaiono più specificamente finalizzate a realizzare l'attuazione dei presidi terapeutici resi necessari dall'attualità della condizione di ristretto<sup>28</sup>, dettando disposizioni concernenti il servizio sanitario interno agli istituti di pena, nonché disciplinando i profili concernenti la collaborazione con i servizi sanitari e gli enti ospedalieri territoriali.

L'art. 11 ord. penit.<sup>29</sup>, stabilisce, infatti, i principi generali concernenti l'organizzazione di tutti gli interventi di carattere medico e paramedico che sono finalizzati a garantire, da un lato, la conservazione delle buone

condizioni di salute dei detenuti e degli internati e, dall'altro lato, ad assicurare le cure opportune in caso di infermità o di altre esigenze sanitarie<sup>30</sup>. La necessaria organizzazione sottesa a tali esigenze è assicurata dall'espressa previsione normativa secondo la quale, al fine di rispondere «alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati», ogni stabilimento disponga di un servizio medico e di uno farmaceutico, e si avvalga della competenza di almeno uno specialista in psichiatria<sup>31</sup>.

La dotazione dei servizi sanitari degli istituti penitenziari postula un proprio apparato di presidi sanitari, formato per una parte da servizi medici e paramedici diffusi, cioè presenti in ogni istituto e paragonabili ai c.d. servizi di medicina di base e, per un'altra parte, da reparti clinici e chirurgici, assimilabili ad istituzioni ospedaliere, dislocate territorialmente in modo opportuno<sup>32</sup>. Sulla scorta della garanzia assicurata da tale articolazione geografica, ad alcuni è parsa non necessaria l'installazione, all'interno di ogni istituto, di vere e proprie farmacie, infermerie, attrezzature diagnostiche e cliniche<sup>33</sup>, e nemmeno la presenza continuativa di un medico, essendo sufficiente l'indispensabile, rappresentato dalla disponibilità di medicinali e dell'opera tempestiva di un sanitario<sup>34</sup>.

Nella relazione tra norma e prassi importante rilievo assumono le numerose circolari emanate dalla direzione generale degli istituti di prevenzione e pena: da esse emergono non solamente indicazioni operative, più o meno specifiche, ma l'approccio complessivo dell'amministrazione penitenziaria ai problemi concernenti la salute della persona detenuta, con riferimento agli aspetti peculiari che la relativa tutela riveste nella concreta gestione degli istituti<sup>35</sup>. All'atto dell'ingresso nell'istituto o in seguito a trasferimento da altro istituto<sup>36</sup>, i detenuti e gli internati vengono sottoposti a visita medica generale (artt. 94 disp. att. c.p.p., 11 comma 5 ord. penit. e 23 commi 1 e 2 reg. es.), finalizzata all'accertamento<sup>37</sup> di eventuali patologie fisicopsichiche<sup>38</sup>, nonché alla redazione di una scheda, parte integrante del diario clinico del detenuto<sup>39</sup>. L'importanza di questo adempimento è sottolineato da un gran numero di circolari emesse dal dipartimento dell'amministrazione

---

penitenziaria, le quali insistono sul fatto che la visita medica debba essere effettuata «con la massima sollecitudine, il massimo scrupolo e nella maniera più approfondita, onde evitare che forme patologiche, sia fisiche che psichiche, sfuggano al tempestivo controllo sanitario e manchino, quindi, nel corso della detenzione o dell'internamento, di adeguate attenzioni o cure»<sup>40</sup>.

Al di là ed oltre la visita di primo ingresso seguono, nel corso della permanenza in carcere, «periodici e frequenti riscontri, indipendentemente dalle richieste degli interessati»<sup>41</sup>. Invece, l'esplicita richiesta avanzata dal detenuto o dall'internato obbliga il sanitario alla visita, anche giornaliera (art. 11 comma 6 ord. penit.). Ulteriori obblighi gravanti sul sanitario riguardano l'immediata segnalazione di «malattie che richiedono particolari indagini e cure specialistiche», nonché il controllo periodico dell'idoneità al lavoro. In ogni caso, almeno due volte l'anno, è fatto obbligo al medico provinciale (oggi: aziende sanitarie locali) di visitare gli istituti di prevenzione e pena del territorio, «allo scopo di accertare lo stato igienico-sanitario, l'adeguatezza delle misure di profilassi contro le malattie infettive disposte dal servizio sanitario penitenziario e le condizioni igieniche e sanitarie dei ristretti negli istituti» (art. 11 comma 12 ord. penit.). Nell'eventualità in cui il sanitario rilevi o solo sospetti l'affacciarsi di una patologia contagiosa, provvede immediatamente all'isolamento dell'individuo (artt. 11 comma 7 e 33 comma 1 n. 3 ord. penit.; art. 73 comma 1 reg. es.)<sup>42</sup>, da eseguirsi in appositi locali dell'infermeria o in un reparto clinico<sup>43</sup>, sino a quando non sia venuto meno lo stato contagioso. La legge di ordinamento penitenziario (artt. 11 comma 11 ord. penit. e 17 commi 6 e 7 reg. es.) consente ai detenuti ed agli internati di richiedere al direttore dell'istituto penitenziario l'autorizzazione ad essere visitati da un sanitario di fiducia, ovvero sottoposti a trattamenti medici, chirurgici e terapeutici, a proprie spese, nelle infermerie o nei reparti clinici degli istituti. Analoga facoltà viene riconosciuta anche agli imputati<sup>44</sup>, previa autorizzazione, sino alla definizione del primo grado di giudizio, del magistrato procedente.

Solamente qualora le cure ovvero gli accertamenti necessari non possano essere efficacemente garantiti dalle strutture interne al carcere ovvero dai centri diagnostici e terapeutici dell'amministrazione

penitenziaria<sup>45</sup> o dagli ospedali psichiatrici giudiziari<sup>46</sup>, il detenuto potrà essere trasferito<sup>47</sup>, secondo quanto dispone l'art. 11 comma 2 ord. penit., «in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura», con o senza piantonamento<sup>48</sup>.

La disciplina in tema di competenza a disporre il trasferimento è distribuita tra il giudice procedente (artt. 279 c.p.p. e 91 disp. att. c.p.p.) e, successivamente alla pronuncia della decisione di primo grado, il magistrato di sorveglianza, ai quali «la direzione dell'istituto invierà con la massima sollecitudine e completezza le certificazioni sanitarie sulla base delle quali potrà ravvisarsi la opportunità o la necessità di un ricovero esterno»<sup>49</sup>. Per ciò che concerne la persona sottoposta a custodia cautelare in carcere anteriormente all'esercizio dell'azione penale, l'art. 240 disp. coord. c.p.p. attribuisce al giudice per le indagini preliminari la competenza a disporre e revocare il trasferimento, in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura, degli individui per i quali si rendano necessarie cure o accertamenti diagnostici non praticabili dai servizi sanitari penitenziari<sup>50</sup>. Una particolare ipotesi viene regolamentata dall'art. 17 comma 8 reg. es. con riferimento al potere-dovere, nei casi di urgenza estrema, del direttore dell'istituto di provvedere direttamente al trasferimento del detenuto o internato in un luogo esterno di cura senza l'autorizzazione del giudice procedente oppure del magistrato di sorveglianza. In siffatta eventualità, il direttore sarà tenuto a dare comunicazione del trasferimento al magistrato competente, nonché all'ispettore distrettuale e al ministero.

#### **4. La rilevanza dello stato di salute nel sistema cautelare personale**

L'apparato normativo preposto alla tutela della salute della persona detenuta si caratterizza per una tecnica legislativa del tutto peculiare, la quale, affidando l'esternazione del precetto a mere varianti di ordine lessicale, ha finito, nel corso dei tempi, per suscitare nell'interprete interrogativi di non sempre agevole risoluzione. Il riferimento è operato non solamente a quegli inevitabili problemi di raccordo, di priorità, ovvero di eventuale cumulabilità degli istituti che il legislatore

---

ha approntato in attuazione dell'art. 32 Cost., ma allo stesso bene giuridico che egli ha inteso salvaguardare, ristretto, già dalla lettura della disposizione costituzionale, tra il diritto del singolo e l'interesse della collettività. Interesse, quest'ultimo, che nel microcosmo carcerario comprende sia quello degli altri detenuti e degli operatori interni alla struttura, sia quello della collettività, libera e sana, a che la patologia manifestatasi all'interno al carcere non si diffonda all'esterno. Ulteriore interesse collettivo, infine, a che la funzione general-preventiva della pena criminale non venga neutralizzata per effetto di meccanismi decarceratori a maglie larghe, i quali, pur se rispondenti ad umanità, potrebbero apparire quali indulgenze di fronte ad un avvenuto accertamento della responsabilità penale.

Il discorso richiederebbe di essere formulato in termini diversi per ciò che concerne la dimensione cautelare della detenzione, a fronte dell'operatività della presunzione di non colpevolezza. Nella realtà delle cose, tuttavia, la situazione assume connotati pressoché identici, dal momento che, a parità strutturale, l'individuo in custodia cautelare ha sempre patito l'onere che le esigenze cautelari riversano sul bene salute, la cui tutela varia in maniera direttamente proporzionale alle modalità attraverso le quali le esigenze stesse vengono ad essere concepite. In questo senso, le soluzioni legislativamente prospettabili potrebbero delineare sistemi in cui la difesa sociale assume una proporzione tale da far prefigurare presuntivamente le situazioni di pericolosità sociale e sistemi, invece, in cui le esigenze legittimanti la detenzione ante sententiam trovano invece il loro fondamento in ragioni esclusivamente processuali, e come tali, valutabili ad opera del solo giudice procedente, in relazione al progressivo incedere del procedimento.

In prospettiva storica, le scelte operate dal legislatore hanno seguito un andamento che potrebbe definirsi sinusoidale<sup>51</sup>. Come meglio si vedrà, i parametri di tipo letterale sui quali commisurare la tutela della salute sono stati a volte identificati nella gravità intrinseca della malattia, analogamente a quanto avviene in fase esecutiva, altre volte, invece, — ed è l'opzione statisticamente più frequente — in una più o meno

pregnante ed obiettiva compatibilità della salute stessa ad essere “gestita” all’interno dell’ambiente carcerario.

### **5. Custodia cautelare in carcere e diritto alla salute nel codice di procedura penale del 1988**

Nel corso del procedimento di cognizione, il diritto alla salute dell’individuo sottoposto a restrizioni della libertà personale è tutelato attraverso un’articolata gamma di strumenti, alcuni dei quali posti a tutela diretta del bene costituzionalmente garantito, altri rimessi alla discrezionalità – più o meno vincolata – del giudice procedente, al quale è riconosciuto il potere di intervenire a salvaguardia di situazioni patologiche di particolare rilevanza. Correlativamente diversificate si presentano le situazioni giuridiche soggettive alla base dell’applicazione delle disposizioni di legge operanti in materia: accanto a soluzioni tecniche che presuppongono un diritto soggettivo del malato in ordine all’effettivo godimento del binomio salute-libertà personale, si accompagnano aspettative più o meno concrete dipendenti dalle valutazioni operate dal giudice procedente, e volte a privilegiare ora la salute del singolo individuo, ora le ragioni della collettività, l’«interesse» della quale impone, in ogni caso, un’attenta ponderazione dei valori in gioco.

Nell’ambito degli strumenti di tutela della salute, mediati dalla discrezionalità del giudice procedente, assume rilievo primario l’ipotesi contemplata dall’originario testo dell’art. 275 comma 4 (oggi 4-bis) c.p.p. In quella formulazione normativa, il legislatore del 1988 aveva stabilito che i diritti inviolabili dell’individuo cedessero al peso delle esigenze cautelari, laddove, nel bilanciamento imposto dal rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, ispiratori dell’originario ordito normativo in tema di misure cautelari, le particolari situazioni soggettive ivi comprese<sup>52</sup> ricevevano tutela sin quando dette esigenze non avessero raggiunto il tasso dell’«eccezionale rilevanza».

Purtuttavia, lo stato di salute dell’individuo concorrevva, unitamente agli elementi contemplati dall’art. 291 comma 1 c.p.p., ad indirizzare

---

il giudice verso gli iniziali criteri da adottare nella scelta delle misure cautelari<sup>53</sup>. Da qui, l'esigenza di una puntuale motivazione tanto nel caso in cui il giudice medesimo avesse ritenuto di far prevalere la tutela del singolo quanto, invece, nell'ipotesi in cui le esigenze cautelari avessero presentato il carattere dell'«eccezionalità». Inoltre, sia per effetto dell'inserimento dell'art. 275 c.p.p. tra quelle Disposizioni generali in materia di misure cautelari personali, sia in considerazione della drastica regola di giudizio incombente sul giudice che procede e formulata in termini di divieto («non può essere disposta»), la tutela così configurata informava necessariamente di sé tutte le successive vicende cautelari, in quanto operante anche come divieto di mantenimento della custodia carceraria, se già applicata, in forza dei meccanismi previsti dall'art. 299 c.p.p., ovvero in ottemperanza alle decisioni di libertà adottabili in tal senso da parte del tribunale della libertà (artt. 309 e 310 c.p.p.) oppure dalla Corte di cassazione (art. 311 c.p.p.).

Travagliata, per effetto di incalzanti modificazioni legislative, espressive di un compiuto ribaltamento della prospettiva cautelare, la disposizione in esame costituisce, in chiave storica, metro di verifica dell'effettività di un diritto, espressamente definito dall'art. 32 Cost. come fondamentale, nei confronti di un individuo garantito, sino alla condanna definitiva, dalla presunzione di non colpevolezza. L'originaria formulazione del comma 4 dell'art. 275 c.p.p., il cui contenuto "specificativo" risultava perfettamente armonizzato con un sistema cautelare capace di privilegiare l'adeguatezza e la proporzionalità delle cautele ante iudicatum, stabiliva il divieto di procedere a custodia cautelare in carcere nei confronti di quegli individui, i quali, a causa di particolari condizioni fisiche o psichiche, avessero manifestato una pericolosità attenuata, necessitando, comunque, un trattamento diverso e più favorevole rispetto a quello ordinario, proprio in considerazione delle peculiarità del loro status. Per converso, in presenza di tali condizioni, il giudice procedente avrebbe visto accentuarsi l'onere di motivazione sulle esigenze cautelari, rimanendo esse le medesime dei casi "normali", ma dovendo assurgere a livello di «eccezionale rilevanza» per giustificare la misura cautelare carceraria<sup>54</sup>.

Con specifico riguardo alla tutela della salute del detenuto, le modificazioni apportate al comma 4 dell'art. 275 c.p.p. si sono concretizzate nell'apposizione di un'ulteriore condizione richiesta per l'operatività del divieto di custodia cautelare. Più specificamente, non tutte le condizioni di salute particolarmente gravi avrebbero inibito l'estremo potere coercitivo, bensì solamente quelle che non avessero consentito le cure necessarie in stato di detenzione. Circa il requisito della gravità, la giurisprudenza ha sottolineato come esso non debba necessariamente identificarsi nell'assoluta incompatibilità delle condizioni di salute con la detenzione carceraria, essendo sufficiente una condizione di rilevante pregiudizio in relazione alla praticabilità dei necessari interventi terapeutici, avuto riguardo anche alle opportunità offerte dai centri diagnostici e terapeutici dell'amministrazione penitenziaria e dal ricovero esterno contemplato dall'art. 11 comma 2 ord. penit.

Disomogenei, peraltro, si presentano gli orientamenti in punto di individuazione delle patologie rilevanti: accanto a decisioni che, argomentando dall'obbligo per il giudice di considerare l'incompatibilità con lo stato di detenzione da un punto di vista oggettivo, affermano l'operatività del divieto anche quando lo stato detentivo sia fattore causale o concausale della patologia lamentata, se ne collocano altre volte ad escludere radicalmente dall'operatività dell'art. 275 comma 4 c.p.p. le sindromi ansioso-depressive connaturali alla privazione della libertà personale ed eliminabili solo con la sua cessazione. Quanto, invece, al requisito della necessità di cure, la giurisprudenza ha insistito in modo particolare affinché in tale locuzione venissero compresi non solamente gli interventi preordinati alla risoluzione della malattia, ma, altresì, quelli volti ad un controllo della stessa, anche in funzione preventiva di eventuali aggravamenti improvvisi, al fine di evitare un peggioramento delle condizioni di salute.

La struttura sinusoidale già individuata con riferimento all'assetto cautelare del 1930, si riaffaccia anche nel vigente codice di rito. La prospettiva viene, infatti, spostata dalla gravità della condizione di salute all'idoneità del luogo dove operare le cure. Ma gli ostacoli

---

di maggior rilievo all'esplicazione del diritto alla salute derivano dall'assetto venutosi a creare per effetto della forzosa convivenza tra i commi 3 e 4 della disposizione codicistica. La presunzione di pericolosità sociale cui segue la cattura obbligatoria esplica, infatti, i suoi effetti anche nella direzione della tutela della salute, superando inevitabilmente il grado di «eccezionale rilevanza» oltre il quale la tutela sanitaria cede il passo all'interesse collettivo, costringendo il giudice procedente a scelte pressoché obbligate. Va, tuttavia, dato atto di un orientamento giurisprudenziale, sostanzialmente condiviso dalla dottrina, secondo il quale la presunzione in bonam partem fissata dall'art. 275 comma 4 c.p.p. è idonea a prevalere, in quanto dotata di maggiore specificità, su quella in malam partem di cui al comma 3 della medesima disposizione.

Attraverso la l. 8 agosto 1995, n. 332, la normativa in materia di misure cautelari coercitive ha subito una prima, profonda modificazione, che non ha risparmiato l'assetto dei rapporti correnti tra cattura obbligatoria e strumenti deputati alla tutela del diritto alla salute dell'individuo sottoposto a carcerazione preventiva. Quanto al primo aspetto, l'ambito applicativo dell'art. 275 comma 3 c.p.p. è stato ridotto a livello contenutistico, rimanendo operante nella sua formulazione previgente solo con riguardo al delitto di associazione a delinquere di tipo mafioso e per i delitti - consumati o tentati - commessi con metodi o finalità mafiose (art. 5 comma 1 legge n. 332 del 1995). Ampliamento, invece, delle ipotesi previste dal comma 4. Ferma restando la clausola dell'«eccezionale rilevanza», sono state, infatti, ridefinite le categorie di individui nei confronti dei quali l'ordinamento reputa non dover operare con lo strumento della detenzione (art. 5 comma 2 legge n. 332 del 1995). Oltre a precisazioni terminologiche, quali l'inserimento della «donna» in luogo della «persona» incinta, è stata sostituita la locuzione «persona che allatta la propria prole» con «madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente», di contenuto maggiormente esteso e fondato non più sul rapporto naturale dell'allattamento, ma su quello sociale della convivenza. Nell'interesse del bambino, poi, tali prerogative sono state estese dal legislatore al «padre, quando la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole». Quanto ai presupposti oggettivi, il

legislatore ha ritenuto opportuno incidere sulla previgente formulazione, sostituendo l'ultimo inciso con «[persona] che si trovi in condizioni di salute particolarmente gravi incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere». Rispetto al precedente enunciato, l'accento cade, da un lato, sull'esplicito connotato di incompatibilità caratterizzante lo stato di salute del detenuto; dall'altro, sull'uso della congiunzione «comunque» che rende la disposizione in esame particolarmente oscura, nonché aperta ad interpretazioni tra loro contraddittorie, non essendo stato specificato a chiare lettere se l'imputato debba trovarsi in condizioni di salute «particolarmente gravi» ovvero se la particolare gravità di tali condizioni operi solo con riferimento all'ipotesi in cui esse siano (anche) incompatibili con lo stato di detenzione.

Con la l. 12 luglio 1999, n. 231 il legislatore ha nuovamente ridisegnato la disciplina a tutela del diritto alla salute della persona sottoposta a misure cautelari personali, distinguendo, anche in prospettiva sistematica, le condizioni fisiologiche meritevoli di salvaguardia (art. 275 comma 4 c.p.p.) da quelle patologiche (art. 275 comma 4-bis c.p.p.). Con riferimento a queste ultime, l'ambito di tutela della salute della persona detenuta è stato espressamente esteso dal momento genetico («non può essere disposta») a tutte le successive vicende interessanti la cautela stessa («né mantenuta»), rendendosi, in tal modo, cogente una previsione che in precedenza veniva ricavata dalla dottrina in via interpretativa. Il vigente art. 275 comma 4-bis c.p.p. individua, quale oggetto della tutela, la «malattia particolarmente grave», distinguendosi dalle previgenti formulazioni normative per aver spostato l'attenzione dagli effetti (le condizioni di salute) alla causa la malattia, appunto. A tale stato patologico devono essere ricollegabili le «condizioni di salute [...] incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere»<sup>55</sup>.

Tre profili, quindi: gravità, incompatibilità ed adeguatezza terapeutica, sequenza, questa, che esprime la volontà del legislatore di ancorare la tutela del diritto alla salute ad un criterio oggettivo, quale la gravità patologica, proprio al fine di scongiurare disomogenee interpretazioni

---

volte a considerare le contingenti condizioni di salute talora compatibili, talaltra incompatibili, in relazione a strutture carcerarie più o meno attrezzate. Gravità della malattia, in definitiva, da intendersi quale requisito obiettivo, idoneo ad inibire ab origine il potere custodiale ovvero, se già esercitato, a vietarne il mantenimento.

La volontà legislativa di garantire tutela effettiva al diritto alla salute della persona detenuta traspare altresì dalla diversa rilevanza attribuita alle eccezionali esigenze cautelari di cui al comma 3 dell'art. 275 c.p.p. La strumentalità dei diritti individuali rispetto alle esigenze di difesa sociale è stata, infatti, drasticamente ridimensionata dalla legge n. 231 del 1999, nel senso che all'eccezionalità delle esigenze non consegue ipso iure l'operatività della custodia carceraria, bensì modalità graduate di coercizione attenuata. Dispone, infatti, il comma 4-ter dell'art. 275 c.p.p. che, qualora sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, il giudice abbia il potere di disporre la custodia cautelare in carcere solamente presso «idonee strutture sanitarie penitenziarie» e sempre che la custodia medesima possa avvenire «senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti». Nell'ipotesi in cui anche una sola di queste condizioni venga meno, il giudice dovrà disporre gli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza. In ogni caso, la discrezionalità giudiziale rinviene un limite assoluto nell'esistenza di uno stadio patologico tale da non rispondere più ai trattamenti disponibili ed alle terapie curative (art. 275 comma 4-quinquies c.p.p.). In tale eventualità, infatti, al giudice è inibito disporre o mantenere la custodia cautelare in carcere.

## **6. (Segue): la custodia cautelare in luogo di cura**

A diretta tutela della salute mentale dell'individuo opera l'art. 286 c.p.p. Forma alternativa alla custodia carceraria, la custodia cautelare in luogo di cura soddisfa parzialmente alcune delle esigenze sottese all'istituto dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza, assolvendo alla funzione di evitare all'imputato infermo di mente una permanenza, anche breve, in carcere.

I presupposti per l'applicazione sono individuati dall'art. 286 c.p.p., che consente al giudice di sostituire la custodia carceraria con quella in casa di cura, quando la persona «si trova in stato di infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere o di volere». Sul versante delle modalità esecutive, la misura cautelare in discorso si articola attraverso il potere-dovere del giudice di «disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero», subordinato al perdurare dell'infermità mentale. L'ordinanza di ricovero può essere integrata dai provvedimenti necessari a prevenire il pericolo di fuga, quali il piantonamento ovvero altre forme di controllo. Solamente nell'eventualità in cui l'infermità psichica non sia di entità tale da comportare l'applicazione di tale misura cautelare, al giudice è riconosciuta la facoltà di disporre, ai sensi dell'art. 111 comma 5 reg. es., l'assegnazione dell'imputato ad un istituto o ad una sezione speciale per infermi o minorati psichici.

## **7. Esecuzione penale e tutela del diritto alla salute**

Nel corso della fase esecutiva del procedimento penale, sebbene l'accertamento circa la responsabilità penale del condannato sia divenuto irrevocabile, accade che l'esecutività della sentenza incontri un limite che rinviene il proprio fondamento nell'esigenza di salvaguardare alcuni valori inalienabili della persona, quali la salute e la dignità umana. Una tradizione giuridica profondamente radicata, alla quale si sovrappongono precise indicazioni di ordine costituzionale, direttive di rango internazionale e, non da ultimo, indifferibili esigenze di decarcerazione, impongono una tutela dell'integrità psicofisica anche nei confronti dell'individuo il quale, seppur destinatario di un provvedimento di condanna ovvero di una misura di sicurezza detentiva, riveste, sempre e comunque, la qualità di «persona» cui dette fonti operano riferimento.

Diversificate, peraltro, si presentano le soluzioni normative. Invero, nell'eventualità in cui le strutture carcerarie od extracarcerarie non risultino idonee a far fronte ad esigenze di tipo diagnostico o terapeutico (artt. 11 ord. penit. e 17 reg. es.), i condannati e gli internati<sup>56</sup> possono

---

avvalersi sia di strumenti attraverso i quali congelare temporaneamente il rapporto esecutivo, sia di una vasta gamma di misure alternative alla detenzione, le quali, invece, consentono al condannato di continuare l'espiazione della pena in forme differenti da quella carceraria. Appartengono alla prima categoria le tradizionali ipotesi di rinvio-differimento<sup>57</sup> e di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, contemplate dagli artt. 146-148 c.p.<sup>58</sup>, accanto alle quali il legislatore ha aggiunto un'ulteriore ipotesi di sospensione dell'esecuzione (art. 90 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309), finalizzata a favorire la cura e la riabilitazione del tossicodipendente condannato a pena detentiva non superiore a quattro anni, nelle ipotesi in cui si sia sottoposto oppure abbia in corso un programma riabilitativo.

Oltre a detti presidi, i quali realizzano una mera parentesi nella fase esecutiva, il legislatore ha attuato il precetto costituzionale a tutela della salute della persona detenuta (artt. 27 comma 3 e 32 Cost.) attraverso un sistema articolato di misure alternative alla detenzione, tra le quali, per ciò che qui più interessa, assumono primario rilievo la detenzione domiciliare e la detenzione domiciliare speciale.

## **8. Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena**

Elaborati storicamente quali limitazioni al diritto soggettivo pubblico dello Stato all'adempimento della esecuzione della condanna, i presupposti del rinvio dell'esecuzione della pena, per nulla dipendenti dalla gravità del reato<sup>59</sup>, hanno da sempre ancorato alla tutela del diritto alla salute un alto grado di riferibilità. Più specificamente, nell'opera di bilanciamento tra la generale inderogabilità dell'esecuzione ed il fondamentale diritto alla salute, deve prevalere quest'ultimo ogni qual volta la pena, per le «condizioni di grave infermità fisica» del condannato, finisca per costituire trattamento contrario al senso di umanità e col perdere la tendenza alla rieducazione.

In seguito all'entrata in vigore del codice Rocco, alla disciplina in tema di rinvio dell'esecuzione della pena fu destinata una diversa *sedes materiae*, riservandosi, non senza obiezioni, la regolamentazione delle

fattispecie de quibus al settore sostanziale. In particolare, l'originaria formulazione dell'art. 146 c.p. contemplava l'obbligatorietà del rinvio nei confronti della donna incinta ovvero di quella che avesse partorito da meno di sei mesi. In quest'ultima ipotesi, tuttavia, l'ultimo comma della disposizione in discorso contemplava la revoca del provvedimento nell'ipotesi di morte del figlio, di affidamento del medesimo a persona diversa dalla madre, sempre che il parto fosse avvenuto da oltre due mesi. Seguiva nel catalogo legislativo – e sempre caratterizzata dal connotato di obbligatorietà – l'ipotesi concernente la presentazione della domanda di grazia da parte del condannato. In questo caso, poiché la ratio del rinvio veniva a coincidere con l'ineluttabilità della pena capitale, il rinvio stesso avrebbe avuto efficacia sino alla pronuncia sulla domanda di grazia. Tale ipotesi risulta, allo stato, implicitamente abrogata dal d. lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 224, per effetto del quale è stata abolita la pena di morte.

Attraverso l'art. 1 l. 8 marzo 2001, n. 40, il testo dell'art. 146 c.p. ha subito rilevanti modificazioni. Al di là di interventi meramente formali («nei confronti di» in luogo di «contro»), la tutela della maternità è stata, infatti, notevolmente estesa. E' caduto il riferimento alla «donna che [avesse] partorito da meno di sei mesi», a vantaggio della «madre di infante di età inferiore ad anni uno», a significare una maggior tutela dei bisogni naturali e primari del bambino, quali il completamento del ciclo di allattamento ed il conseguente svezzamento.

Per altro verso, il legislatore ha ritenuto opportuno ridefinire le ipotesi in cui il provvedimento di rinvio dell'esecuzione non può essere emesso ovvero deve essere revocato. Rispetto alla previgente formulazione normativa, le cause ostative od interruttive del differimento sono state notevolmente ampliate, comprendendosi, oggi, non più solamente la morte del figlio o l'affidamento di questi a persone diverse dalla madre, ma altresì la decadenza dalla potestà sui figli ovvero il loro abbandono da parte della madre medesima.

Oggi come ieri, tutte queste previsioni continuano a rinvenire il loro fondamento nell'assistenza dovuta dalla gestante o puerpera al

---

nascituro o neonato in considerazione del fatto che, provvedendosi alla salute della gestante, si provvede alla salute di colui che, intanto, è una semplice *spes hominis*. In caso di gravidanza, infatti, e qualunque ne sia lo stadio, la pena dovrà essere differita ovvero sospesa, al fine di tutelare essenzialmente il concepito. Nondimeno, sembra che con tale previsione il legislatore abbia voluto salvaguardare sia la condizione della donna che quella della prole nascita e neonata, vuoi per ragioni di ordine igienico, vuoi per ragioni di carattere umanitario, e sottolineandone in tal modo l'eccezionalità in riferimento al principio dell'irrefragabilità della pena.

### **9. (Segue): il rinvio obbligatorio per i malati terminali**

In aderenza a quanto statuito dalla Corte cost., sent. n. 438 del 1995<sup>60</sup>, la l. 12 luglio 1999, n. 231, il cui art. 6 ha sostituito l'art. 146 comma 1 n. 3 c.p., tenta di assolvere alla finalità di scongiurare ulteriori disparità di trattamento che, inevitabilmente, avrebbero provocato ulteriori interventi demolitori da parte del giudice delle leggi.

Stando a tale novella, il differimento dell'esecuzione può essere accordato sia alle persone, detenute od internate affette da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, sia a quelle affette da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le condizioni di salute risultino incompatibili con lo stato di detenzione. Nonostante la non chiara formulazione normativa, è da ritenere necessario, sia nel caso di AIDS, che in quello di malattia particolarmente grave, che la persona versi in una fase patologica così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative. Solamente riferendo ad ambedue le ipotesi tale condizione restrittiva, ed individuando la causa petendi nelle situazioni in cui la prognosi *quoad vitam* viene ritenuta infausta, è possibile evitare problemi di coordinamento tra questa forma di rinvio, da un lato, e i presidi contemplati agli artt. 47-quater e 47-ter ord. penit., dall'altro.

Salvo quanto costituirà oggetto di ulteriore approfondimento, gli ambiti operativi delle disposizioni possono essere schematicamente

individuati come segue: nel caso in cui residuino efficaci opportunità terapeutiche nei confronti di individui affetti da AIDS conclamata o grave deficienza immunitaria, l'art. 47-quater ord. penit. assicura la tutela sanitaria del condannato, attraverso l'esecuzione della pena in forma extracarceraria. Nell'ipotesi, invece, in cui la patologia dedotta risulti incompatibile con lo stato detentivo, potrà essere richiesto il rinvio surrogatorio della detenzione domiciliare (art. 47-ter comma 1-ter ord. penit.), mentre, solo nel caso di AIDS allo stato terminale, potrà essere disposto il rinvio obbligatorio ai sensi dell'art. 146, n. 3, c.p. Lo stesso è a dirsi con riferimento agli individui affetti da altre gravi patologie, nei confronti dei quali, tuttavia, non sono operative le fattispecie contemplate dall'art. 47-quater ord. penit. Resta inteso che la scelta concreta dello strumento idoneo a soddisfare le esigenze sanitarie della persona detenuta spetta esclusivamente alla volontà di quest'ultima. Solo in tale modo, infatti, il fondamentale diritto alla salute può concretarsi nel diritto a ricevere le cure migliori.

## **10. Il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena**

Oltre alle ipotesi della madre di prole di età inferiore a tre anni, e a quella del differimento concedibile a seguito di presentazione di domanda di grazia, il rapporto tra condizioni di salute fisica del condannato od internato ed esecuzione della pena continua ad essere regolato, in prospettiva generale, dall'art. 147, n. 2, c.p., che prevede la possibilità di un rinvio facoltativo dell'esecuzione quando la pena debba «essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica».

L'indeterminatezza del significato da attribuire a tale eniadi ha provocato un annoso dibattito dottrinario e giurisprudenziale arroccatosi a causa di notevoli difficoltà interpretative, legate in gran parte alle incertezze relative alla definizione e all'accertamento del carattere di «gravità» dell'infermità rilevante ai fini del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena. Già le meno recenti elaborazioni del concetto di «grave infermità fisica» ancoravano il concreto stato patologico a «quella infermità fisica per la quale si richiedono interventi terapeutici

---

non attuabili nell'ambito dei servizi sanitari carcerari e non dilazionabili se non con grave danno alla persona; oppure malattie inguaribili, a prognosi infausta quoad vitam, o costringenti, temporaneamente, a degenza od immobilità» dei detenuti. Nel corso evolutivo della moderna scienza medico-legale, l'articolazione definitoria delle gravi condizioni di salute ha continuato ad essere costruita sul rapporto mutevole tra condizioni individuali e condizioni dell'ambiente carcerario, sostenendosi la necessità del differimento qualora le strutture sanitarie penitenziarie non si rivelassero in grado di provvedere ad una adeguata assistenza dell'infermo, ovvero qualora la gravità della patologia richiedesse cure e trattamenti in sedi diverse da quella penitenziaria, anche se non è mancato chi ha rilevato l'inadeguatezza di tale parametro valutativo, che, di fatto, finirebbe per rendere il disposto penale variabile da città a città e da carcere a carcere, a seconda delle strutture sanitarie ivi esistenti.

Peraltro, questo orientamento "relativista" ha da tempo ricevuto l'avallo di una fondamentale pronuncia della Corte costituzionale<sup>61</sup>, anche se va rilevato che a tutt'oggi si registrano disomogeneità nell'ambito delle riflessioni giurisprudenziali elaborate in ordine al livello di gravità legittimante il differimento o la sospensione dell'esecuzione di pena detentiva, nonché ai parametri di riferimento. Così, accanto a decisioni che recepiscono, sviluppandoli, i contenuti di quell'intervento del giudice costituzionale<sup>62</sup>, talora privilegiando le prospettive di carattere essenzialmente umanitario insite nell'istituto del rinvio dell'esecuzione della pena, se ne registrano altre di diverso tenore, e volte ad individuare la situazione di fatto meritevole di tutela ora nel livello di «gravità patologica», ora nel carattere assoluto o relativo dell'incompatibilità dedotta, ora, invece, nella regredibilità ovvero cronicità della patologia, ora, infine, con riferimento agli effetti che la contingenza patologica spiega in ordine alla pericolosità del soggetto istante.

Tuttavia, pur con qualche voce dissonante, il criterio maggiormente utilizzato in giurisprudenza, alla stregua del quale commisurare la gravità dello stato di malattia al fine di poter disporre il rinvio dell'esecuzione

della pena, consiste nella valutazione della possibilità per il condannato di giovare, in stato di libertà, di cure e trattamenti diversi e più efficaci di quelli che sono garantiti dai presidi sanitari penitenziari.

### **11. Le misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria**

La particolare tutela accordata dalla l. 12 luglio 1999, n. 231 agli individui affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria si è concretizzata, oltre che nelle profonde modificazioni apportate al rinvio obbligatorio dell'esecuzione, in una disciplina di favore volta a potenziare al massimo grado l'accesso alle misure alternative alla detenzione. Il nuovo art. 47-quater ord. penit. non costituisce, infatti, una nuova misura alternativa, limitandosi a dettare una disciplina derogatoria dell'affidamento in prova al servizio sociale e della detenzione domiciliare a favore di tali individui.

La legittimazione attiva è conferita esclusivamente ai condannati ed agli internati affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria, i quali, indipendentemente dai limiti di pena di cui agli artt. 47 e 47-ter ord. penit. e dalle limitazioni stabilite dall'art. 4-bis ord. penit., possono domandare l'ammissione all'affidamento in prova al servizio sociale o alla detenzione domiciliare. Se l'assenza di limiti edittali appare giustificabile sia in ragione delle gravissime condizioni di salute dei legittimati, sia in considerazione del fatto che i benefici fruibili possono essere normalmente richiesti anche per residui di pena, lo stesso non è a dirsi con riguardo all'inapplicabilità dell'art. 4-bis ord. penit. Palese è, infatti, la disparità di trattamento rispetto ai malati comuni, i quali, pur versando in gravi o gravissime condizioni di salute, trovano, nel titolo di reato in esecuzione, un insormontabile ostacolo all'accesso a forme di espiazione extracarceraria. E se l'art. 47-quater comma 9 ord. penit. fa, comunque, salvi gli accertamenti dei comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza pubblica o del questore ai fini di un'imprescindibile verifica circa la pericolosità dell'istante, che nel caso di specie potrebbe concretizzarsi in una maggiore rigidità delle prescrizioni correlate al

---

beneficio, l'assenza di presunzioni assolute e l'insussistenza di oneri probatori introduce, per i malati di AIDS, una corsia preferenziale che non sembra fugare del tutto i dubbi di illegittimità costituzionale alla base delle sentenze n. 438 e 439 del 1995.

Quale presupposto oggettivo per l'ammissibilità della richiesta l'art. 47-quater ord. penit. richiede un «programma di cura e di assistenza» che i condannati devono avere già in corso oppure in animo di intraprendere presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie ovvero altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS.

La concreta attuabilità di tale programma deve, inoltre, costituire oggetto di certificazione da parte del servizio sanitario pubblico competente o di quello penitenziario, ed il tribunale di sorveglianza, nel redigere le prescrizioni relative all'esecuzione della misura alternativa, deve includervi, al fine di evitare strumentalizzazioni di sorta, anche quelle concernenti le modalità di esecuzione del programma. Nel silenzio della disposizione, sembra doversi attribuire valore decisivo alla volontà del condannato per individuare quale, tra le due misure, il tribunale di sorveglianza deve concedere nell'ipotesi di richiesta cumulativa. All'organo giurisdizionale, invero, è riconosciuto il potere di negare l'applicazione della misura alternativa richiesta esclusivamente nell'eventualità in cui l'istante ne avesse già precedentemente beneficiato e fosse incorso nella revoca pronunciata da meno di un anno.

Il tribunale di sorveglianza può, peraltro, revocare le misure alternative eventualmente disposte, nel caso in cui il condannato risulti imputato, ovvero venga sottoposto a misura cautelare per uno dei delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. La non chiara formulazione normativa non consente di evincere appieno se tale forma di revoca sia aggiuntiva ovvero speciale rispetto a quelle contemplate in riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale ed alla detenzione domiciliare. Se, da un lato, il richiamo operato da questa disposizione (comma 8) all'art. 47-ter ord. penit. potrebbe

indurre a comprenderne anche le ipotesi revocatorie (specialmente quelle relative al rispetto delle prescrizioni imposte, ovvero quelle concretizzanti il delitto di evasione), dall'altro lato, la natura di questa particolare previsione, ispirata a particolarissime situazioni patologiche, condurrebbe a propendere per la specialità.

Tuttavia, nessuna ipotesi revocatoria è contemplata per le ipotesi di miglioramento delle condizioni di salute del condannato, e se il richiamo alla disciplina di cui all'art. 47-ter ord. penit. non sembra poter offrire soluzioni plausibili sul piano normativo, è da auspicare un intervento legislativo finalizzato a garantire l'effettività di controlli periodici sull'attualità dello stato di salute, anche attraverso l'introduzione di un sistema di concessione temporanea della misura, sia pur prorogabile, sulla scorta di quanto contemplato dall'art. 47-ter comma 1-ter ord. penit. In ogni caso, alla revoca della misura, così come per il diniego di applicazione delle alternative richieste, consegue la detenzione in un istituto dotato di «reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie».

Nulla viene disposto circa gli effetti derivanti dalla revoca dell'affidamento ovvero dall'esito positivo del periodo di prova. Il richiamo operato dal comma 8 dell'art. 47-quater ord. penit. alla disciplina operante con riferimento alla detenzione domiciliare, indurrebbe, pertanto, a ritenere che gli effetti della revoca operino ex nunc e che, nel caso di esito positivo della prova, non sia necessaria la relativa declaratoria di estinzione del reato.

## **12. La detenzione domiciliare**

Radicalmente modificata, prima dalla legge n. 165 del 1998, poi dalla legge n. 251 del 2005, la detenzione domiciliare continua, nonostante le profonde interpolazioni operate nei suoi presupposti oggettivi e soggettivi, ad assolvere principalmente a finalità di tipo umanitario. Inserita tra le misure alternative alla detenzione, conserva il suo carattere di pena, di cui costituisce modalità esecutiva, sempre più rappresentando l'ideale prosecuzione degli arresti domiciliari per

---

quei soggetti che ne avessero beneficiato nel corso del processo di esecuzione.

Volta a tutelare soggetti cui il legislatore suole riservare un trattamento di favore, la detenzione domiciliare ha colmato una lacuna da tempo avvertita nell'ordinamento, cioè a dire la mancanza di adeguati strumenti particolari di tutela nella fase esecutiva della pena. L'ambito di applicazione del beneficio è delimitato dalla legge attraverso l'individuazione di particolari categorie di soggetti per i quali viene preferita l'espiazione della pena in forma extracarceraria. Tale scelta legislativa, giustificabile in considerazione della particolare protezione che la Costituzione riserva alla maternità<sup>63</sup>, all'infanzia, alla gioventù (art. 31 Cost.), alla vecchiaia e alla salute, come diritto dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.), riduce i contenuti di afflittività presenti nella pena intramuraria, proprio a causa del particolare stato del soggetto. Per contro, l'esposizione di dette categorie soggettive all'ambiente carcerario, costituirebbe una inutile sofferenza aggiuntiva a quella della privazione della libertà, confliggente con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità posto dall'art. 27 comma 3 Cost.

Le modificazioni apportate al testo dell'art. 656 c.p.p. dalla legge n. 165 del 1998 garantiscono, inoltre, meccanismi maggiormente duttili di accesso alla misura, sia dal punto di vista della razionalizzazione delle dinamiche conseguenti alla domanda di parte (art. 656 commi 5° e 6° c.p.p.), sia in considerazione del potere del tribunale di sorveglianza di applicare ex officio le misure alternative alla detenzione in prosecuzione degli arresti domiciliari (art. 656 commi 10° c.p.p.). La legge n. 165 del 1998 ha, inoltre, considerevolmente ampliato il quantum di reclusione espiabile in regime di detenzione domiciliare, innalzandolo da tre a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena. Rimane invece invariata, rispetto al passato, la possibilità di scontare, in regime di detenzione domiciliare la pena dell'arresto, indipendentemente dall'entità.

Con riferimento ai destinatari della misura, la novellata formulazione della lett. a dell'art. 47-ter ord. penit. ha ribadito, da un lato, la tutela

garantita alla gravidanza ed alla maternità, aumentando, per altro verso, la cura e la protezione degli interessi specificamente riferibili al minore convivente. A questo specifico proposito, infatti, la legge n. 165 del 1998, ha ulteriormente elevato l'età di quest'ultimo, innalzandola a dieci anni, ed eliminando nel contempo ogni riferimento alla donna «che allatta la propria prole». Quanto alla valenza da attribuire all'espressione «madre di prole», si registrano in dottrina, orientamenti contrapposti: secondo alcuni, infatti, la genericità di tale espressione parrebbe comprendere «non solo un rapporto di filiazione naturale, riconosciuto o non, ma pure quello adottivo, anche se forse i tempi tecnici delle procedure di adozione potrebbero rendere quasi impossibile una simile ipotesi». Secondo altra parte della dottrina, invece, il rapporto adottivo non potrebbe costituire presupposto per la concessione della detenzione domiciliare «sia perché inammissibile nei confronti di una detenuta sia soprattutto perché crea un vincolo di natura esclusivamente giuridica».

Sulla scorta della declaratoria di illegittimità costituzionale parziale operata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 215 del 1990, la legge n. 165 del 1998 ha, inoltre, espressamente contemplato tra i legittimati a richiedere la detenzione domiciliare anche il padre esercente la potestà, nell'ipotesi di decesso ovvero di assoluta impossibilità della madre ad assistere la prole (lett. b). La situazione legittimante potrebbe risiedere in gravi patologie affliggenti la madre, ovvero nell'allontanamento della stessa dal domicilio domestico per ragioni di comprovata necessità. Rispetto al decisum della Corte costituzionale, la legge n. 165 del 1998 subordina l'ammissione alla misura alternativa alla circostanza che il padre eserciti la patria potestà, superando in tal modo talune perplessità che, all'indomani della sentenza costituzionale del 1990, si erano affacciate in ordine all'ipotesi in cui fosse stato il padre a cagionare la morte o l'impossibilità, per la madre, di assistere la prole.

Le ulteriori ipotesi legittimanti la detenzione domiciliare per fini umanitari non sono state modificate dal legislatore del 1998. Pertanto, questa misura alternativa è tuttora fruibile da parte della persona in

---

condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali (lett. c), dalle persone di età superiore ai sessanta anni se inabili anche solo parzialmente (lett. d), nonché, infine, dai minori di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia (lett. e).

Diretta a realizzare il precetto di cui all'art. 32 Cost., la prima delle fattispecie appena menzionate richiede una previa verifica del connotato di «particolare gravità» delle condizioni di salute, seguita dall'accertamento della necessità di costanti contatti con i presidi sanitari territoriali. Le condizioni di salute legittimanti la misura alternativa, la cui «gravità» viene ulteriormente qualificata dall'avverbio «particolarmente» e dalla necessità di «costanti contatti con i presidi sanitari» non devono, peraltro, essere necessariamente più gravi di quelle poste a fondamento dell'applicabilità degli istituti previsti rispettivamente dagli artt. 146 e 147 c.p. e dall'art. 11 comma 2 ord. penit. L'art. 47-ter ord. penit. opera, infatti, riferimento a «costanti» (e non continui) contatti con i presidi sanitari, facendo così pensare non tanto ad un ricovero protratto nel tempo, quanto, invece, al ricorso a cure mediche prestate con regolarità. Appare opportuno aggiungere che l'utilizzazione di una simile formula legislativa vale indubbiamente a restringere l'ambito di discrezionalità del tribunale di sorveglianza indicando un preciso termine di relazione nell'apprezzamento della condizione patologica del condannato. La genericità della locuzione «condizioni di salute» si presta, inoltre, ad essere riferita anche a forme patologiche nelle quali la componente psicologica o psicosomatica assuma un rilievo particolare, colmando la lacuna giocoforza creata dall'ambito di operatività dell'art. 147 c.p., riferibile in modo esclusivo a «condizioni di grave infermità fisica», e costituendo una valida alternativa al ricovero ospedaliero di cui all'art. 148 c.p.

Anche l'ipotesi di concessione della detenzione domiciliare all'ultrasessantenne, almeno parzialmente inabile, è indubitabilmente ispirata alla tutela del diritto alla salute ed al rispetto del senso di umanità. L'età avanzata viene salvaguardata in executivis, analogamente a quanto avviene in fase di cognizione. Peraltro, la

tutela ad essa riservata non è assoluta, posto che, come affermato dalla Corte costituzionale<sup>64</sup>, la detenzione domiciliare non si configura quale istituto inteso a far fronte ad ipotesi di assoluta incompatibilità delle condizioni soggettive del condannato con il regime carcerario, bensì come modalità di esecuzione del regime detentivo.

La potenziale sovrapposizione tra gli ambiti di tutela rispettivamente accordati dalla detenzione domiciliare e dal rinvio dell'esecuzione della pena ha da sempre posto l'esigenza di stabilire un rapporto di priorità tra l'applicazione dell'art. 47-ter ord. penit. e quella degli artt. 146 e 147 c.p. Con riferimento all'ipotesi di rinvio obbligatorio, parte della dottrina ne affermava in ogni caso la priorità nelle ipotesi in cui le fattispecie legittimanti il beneficio fossero venute ad esistenza anteriormente all'inizio dell'esecuzione penale, potendosi invece preferire la detenzione domiciliare in presenza di un rapporto esecutivo già avviato. In prospettiva diversificata, si sosteneva la prevalenza assoluta del beneficio penitenziario, in considerazione dei vantaggi che esso comporta per il condannato, cioè a dire la fungibilità di essa con la pena detentiva espianda, a differenza di quanto accade con riferimento alle ipotesi, obbligatorie o discrezionali, di rinvio, relativamente alle quali l'esecuzione si congela per poi eventualmente riprendere a segnare il tempo. Oggi la questione sembrerebbe aver perso rilevanza a fronte del comma 1°-ter dell'art. 47-ter ord. penit., che legittima il tribunale di sorveglianza a disporre la detenzione domiciliare in luogo del rinvio, per un periodo di tempo predeterminato (ma sempre prorogabile), con l'effetto di consentire al condannato l'esecuzione della pena. Poiché la norma non stabilisce alcun genere di preclusioni oggettive, ed è connotata da finalità umanitarie di particolare meritevolezza, è da ritenere che la conversione del rinvio dell'esecuzione in detenzione domiciliare possa essere disposta sia nei confronti dei condannati all'ergastolo, sia nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit.

Dalla formulazione normativa non è, tuttavia, dato evincere quali siano i parametri all'interno dei quali la discrezionalità del tribunale di sorveglianza sia da ritenere legittima. I presupposti di questa particolare

---

figura di detenzione domiciliare sono, infatti, i medesimi del rinvio, e suscita non poche perplessità, sul piano della legittimità costituzionale, l'incontrollata discrezionalità giudiziale in ordine alla scelta tra le diverse opportunità trattamentali. E' pur vero, come meglio si vedrà in seguito, che l'attivazione ex officio del tribunale di sorveglianza corrisponde all'esigenza di ponderare gli aneliti alla rieducazione con le esigenze della collettività, ma è altrettanto indubitabile che, trattandosi di diritto alla salute della persona detenuta, debba essere quest'ultima a scegliere, nel rispetto dei presupposti di ammissibilità previsti dalla legge, di quale beneficio avvalersi. Diversamente opinando, non solo verrebbe ad essere frustrato il diritto alla salute nei suoi contenuti più ampi, ma il provvedimento del tribunale di sorveglianza diverrebbe incontrollabile sotto il profilo motivazionale. Nondimeno, quali argomenti risolutivi per una prevalenza della detenzione domiciliare sul rinvio obbligatorio dell'esecuzione va considerato, innanzi tutto, il considerevole "pacchetto" di vantaggi che la prima misura comporta per il condannato, cioè a dire la fungibilità di essa con la pena detentiva espianda, a differenza di quanto accade con riferimento alle ipotesi, obbligatorie o discrezionali, di rinvio, relativamente alle quali l'esecuzione si congela per poi eventualmente riprendere a segnare il tempo. In prospettiva diversa, la misura penitenziaria garantisce pur sempre l'effettività della sanzione penale, mentre il rinvio si concretizza nella liberazione tout court.

### **13. Considerazioni di sintesi**

L'incompiuta distinzione (trattamentale prima, concettuale poi) tra detenuti in attesa di giudizio e detenuti definitivi ha ridotto in modo considerevole la portata della presunzione costituzionale di non colpevolezza. Molteplici sono le cause alla base di un simile assetto: da un lato, riposano ataviche deficienze strutturali, talora esasperate dal sovraffollamento acuito per effetto di una mai sopita legislazione emergenziale<sup>65</sup>. Dall'altro lato, invece, si collocano precise indicazioni di politica criminale, finalizzate alla realizzazione di quel «doppio binario» ritenuto necessario per colpire con particolare vigore reati espressivi di rilevante pericolosità sociale, nonché quale bacino

per attingere dichiaranti, collaboratori e pentiti vari con i quali, poi, “patteggiare” la restituzione di talune garanzie ordinarie.

Sta di fatto che il riferimento (legislativo e giurisprudenziale) ad uno status detentionis non meglio individuato assume oggi una valenza indifferenziata ed onnicomprensiva, riguardando la totalità delle persone in vinculis, indipendentemente dal titolo giuridico legittimante la privazione della libertà personale. Questo processo di livellamento delle garanzie degli imputati su quelle contemplate per i condannati rende necessarie alcune considerazioni. Se la piena operatività dell’art. 27 comma 2 Cost. nei confronti di tutti coloro che non siano stati condannati con sentenza irrevocabile postula il riconoscimento delle medesime situazioni soggettive attive in capo ad ogni detenuto in attesa di giudizio, deriva da ciò la necessità di individuare per questi soggetti eguali forme di tutela, nonché eguali “interlocutori” dotati di iurisdictio.

Ma così non è. Proprio la legge fondamentale di ordinamento penitenziario, che annovera la «la separazione degli imputati dai condannati e internati» tra le modalità del trattamento, attenua le potenzialità espansive dell’art. 27 comma 2 Cost. laddove, accomunando i condannati in primo grado a quelli definitivi, priva i primi di quelle garanzie di giurisdizionalità che Costituzione e codice processuale contemplano, invece, per ogni individuo sottoposto a procedimento penale. Siffatta distorsione del principio di non colpevolezza si riflette sulle scadenze procedurali: se l’interlocutore privilegiato della persona sottoposta a misure cautelari personali è il «giudice che procede», dopo la sentenza di primo grado a questi subentra il «direttore dell’istituto», organo dell’amministrazione cui la legge riconosce un potere limitativo di diritti fondamentali-inviolabili quali la salute e la difesa, nonché di altri diritti, pure di rilevanza costituzionale, quali la libertà e la segretezza della corrispondenza.

La mancata realizzazione della giurisdizionalità nelle dinamiche esecutive e di sorveglianza continua, in buona parte, a dipendere dalla difficoltà di operare un efficace bilanciamento tra la tutela

---

dei diritti individuali e gli obiettivi di sicurezza, istituzionalmente demandati al potere esecutivo. Nonostante la Corte costituzionale abbia più volte affermato che l'attività di quest'ultimo debba essere limitata ai soli aspetti del regime penitenziario, con correlativo divieto di adottare misure incidenti sulla qualità e quantità della pena, forte permane l'ingerenza dell'amministrazione nel condizionare l'effettivo esercizio dei diritti soggettivi della persona detenuta, attraverso atti e provvedimenti insuscettibili di controllo dinanzi il giudice ordinario.

L'analisi condotta in riferimento al diritto fondamentale alla salute conferma tale assunto. Non sempre le domande sanitarie formulate dal detenuto vengono decise da organi titolari del potere giurisdizionale. Talora, ed anche indipendentemente dall'operatività della presunzione costituzionale di non colpevolezza, esse vengono conosciute e decise da un organo amministrativo, qual è il direttore dell'istituto, il cui provvedimento, interinale e provvisorio, è ritenuto inoppugnabile da una consolidata giurisprudenza. Peraltro, non mancano ipotesi in cui la legge, pur contemplando l'intervento giurisdizionale in funzione di garanzia, ne riduce considerevolmente gli ambiti di tutela attraverso la previsione di procedimenti *de plano*, i quali, mortificando la dialettica tra i soggetti del processo, impediscono la fisiologica esplicazione del diritto di difesa.

Se il "congelamento" della giurisdizionalità rinviene le sue principali ragioni nell'esigenza di concretizzare precise linee di politica criminale attraverso un «doppio binario» penitenziario, il rapporto tra giurisdizione ed amministrazione assume oggi un valore del tutto particolare alla luce dei principi contenuti nell'art. 111 Cost., il quale, collocandosi al vertice della gerarchia delle fonti, impone di rivedere determinate scelte normative nonché talune conclusioni cui la giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, generalmente perviene in via interpretativa.

Innanzitutto, l'asimmetria del contraddittorio. Se «giusto» è il processo che «si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità», più di un dubbio sorge circa la legittimità delle dinamiche esecutive. Preminente, invero, appare il ruolo del pubblico ministero,

il quale dispone – inaudita altera parte – della sorte del condannato, al quale è consentita soltanto la proposizione di un incidente al giudice dell'esecuzione. A ciò si aggiunga che la discrezionalità di cui l'organo d'accusa gode in riferimento al procedimento di notifica dell'ordine di carcerazione non solo è potenzialmente foriera di palesi disparità trattamentali tra condannati, ma, a seconda della direzione in cui essa viene esercitata, vale a costituire fatto attributivo della competenza, in elusione del criterio della precostituzione del giudice. Le «condizioni di parità» richieste dall'art. 111 comma 2 Cost. sono, d'altra parte, assolutamente virtuali nel corso dell'udienza camerale, posto che la presenza dell'interessato costituisce variabile dipendente da un eterogeneo ordine di fattori, quali la previa richiesta del medesimo, l'allocazione del detenuto in un istituto compreso nella circoscrizione del giudice competente, ovvero, in caso contrario, l'ordine di traduzione che il magistrato può adottare qualora lo ritenga necessario.

Anche in riferimento alla precostituzione del giudice di sorveglianza, nonostante i tentativi operati sia dalla giurisprudenza che dal recente legislatore, diretti a stabilizzare il più possibile i criteri attributivi della competenza, non mancano ipotesi di "scelta" del giudice, incompatibili con il dettato dell'art. 25 comma 1 Cost. Il caso maggiormente eclatante è rappresentato dal fatto del pubblico ministero incaricato dell'esecuzione il quale, pur ricorrendone i presupposti, ometta di sospendere l'ordine di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p.: trattasi di distrazione dal giudice naturale, posto che il condannato dovrà indirizzare le proprie domande non già al «tribunale di sorveglianza competente in relazione al luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero», bensì a quello avente «giurisdizione sul luogo in cui l'interessato ha la residenza o il domicilio». Idem per ciò che concerne il fatto del condannato, il quale, senza attendere la notificazione dell'ordine di esecuzione, decida di costituirsi in un istituto penitenziario di sua scelta (artt. 94 comma 3 disp. att. c.p.p. e 22 ord. penit.). Infine, non vanno neppure trascurate le ipotesi di trasferimento, disciplinate dall'art. 42 ord. penit., le quali si traducono nell'esercizio di discrezionalità amministrativa, idonea a privare il condannato del suo giudice naturale.

---

Circa l'operatività del «principio del contraddittorio nella formazione della prova», basti qui ricordare che nel procedimento di sorveglianza il ricorso alla collaborazione del condannato, l'inversione dell'onere probatorio e la massiccia ingerenza dell'esecutivo nel procedimento decisionale determinino anomalie certamente non più tollerabili alla luce dei principi di cui all'art. 111 Cost.

Quali, pertanto, i rimedi da predisporre al fine di garantire un'effettiva tutela del diritto alla salute per la persona in *vinculis*? Innanzi tutto, anche al fine di scongiurare prassi elusive della presunzione di non colpevolezza, appare necessario esautorare l'amministrazione da qualsiasi competenza in materia di diritti soggettivi, e di devolvere alla giurisdizione ogni questione concernente i profili sanitari del detenuto.

Sulla scelta concreta del giudice le possibilità sono molteplici, oscillando dalla devoluzione ad un unico organo di tutta la materia dei diritti delle persone in *vinculis*, al mantenimento della pluralità di giurisdizioni, rappresentate dal tribunale della libertà, dal giudice dell'esecuzione e dalla magistratura di sorveglianza. La prima soluzione garantirebbe un'uniforme tutela delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, indipendentemente dalla natura della detenzione. L'identità dei petiti, costituzionalmente protetti, consentirebbe, inoltre, la stratificazione di una giurisprudenza omogenea in materia di diritti soggettivi del detenuto. Diversamente opinando, il mantenimento dell'attuale assetto organizzativo in punto di tutela, richiederebbe comunque qualche intervento di restyling del procedimento di sorveglianza, non sempre idoneo ad assicurare il minimo etico della giurisdizionalità. Ci si riferisce, in particolare, all'opportunità di *reductio ad unum* delle molteplici procedure contemplate a tutela delle situazioni soggettive del detenuto, le quali, come autorevolmente sottolineato, esprimono scelte che il legislatore ha compiuto caso per caso, in relazione ad esigenze singolarmente considerate e secondo gradi diversi di articolazione e completezza degli schemi processuali di volta in volta utilizzabili<sup>66</sup>.

Ebbene: se solo pochi anni orsono al giudice delle leggi era preclusa l'indicazione di soluzioni "a rime obbligate", oggi la discrezionalità legislativa rinvia contemporaneamente nuovi stimoli e nuovi limiti nell'inedita gerarchia delle fonti. Le indicazioni costituzionali impongono, infatti, che i diritti soggettivi della persona detenuta siano tutelati attraverso un rimedio giurisdizionale di carattere generale, idoneo a garantire la piena esplicazione del contraddittorio e della difesa. Deriva da tanto che ogni deviazione normativa dal modello codicistico, rappresentato dagli artt. 666 e 678 c.p.p., non sia più giustificabile in nome della necessaria discrezionalità parlamentare, costituendo, anzi, un'aporia da eliminare con la massima urgenza.

In mancanza di drastici (e doverosi) interventi di ortopedia legislativa, la Corte costituzionale sarà ancora chiamata, quale supplente, a proseguire quella fondamentale opera correttiva che ha caratterizzato l'ultimo ventennio.

---

## Note di chiusura:

1. Sul rapporto tra diritto alla salute e libertà dell'individuo v., in sede di dibattito in Assemblea Costituente sull'art. 26 (ora 32) Cost. (seduta del 24 aprile 1947), l'intervento dell'on. Merighi, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, II, Roma, 1970, 1219, il quale affermava: «per me – e forse per molti di noi – la salute è il primo requisito essenziale per la libertà dell'individuo. Un individuo malato o minorato nelle sue capacità fisiche e intellettuali indubbiamente non è più un uomo libero. Ecco perché noi, volendo che il problema sanitario entri nella Costituzione italiana, intendiamo anche attenerci ad un principio di libertà fondamentale dell'individuo».

2. L'attributo «fondamentale» riferito al diritto alla salute successivamente all'introduzione di apposito emendamento illustrato dall'onorevole Caronia nel corso della seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, cit., II, cit., 1214, proprio per rafforzare ed elevare la garanzia riconosciuta dalla Costituzione, vincola l'interprete ed il legislatore ordinario e comporta precise conseguenze giuridiche: come tutti i diritti fondamentali-inviolabili lo si deve ritenere inalienabile, intrasmissibile ed indisponibile (così M. LUCIANI, *Salute. I) Diritto alla salute - Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4).

3. Cfr., specialmente, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. e malattie prof.*, 1961, I, 1; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 s. Nello sterminato panorama bibliografico sul diritto alla salute v., oltre agli A. già citati, G. ALPA, *Salute (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it., App.*, VI, Torino, 1986, 913 s.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, ivi, 1980, 769; L. MONTUSCHI, *Il 1° comma dell'art. 32*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, 146 s.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21 s.

4. Secondo S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico della Costituzione*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, I, 333-334, «la Costituzione si interessa della tutela della salute fisica dei cittadini [...] ponendo due regole di cui una a tutela del diritto di libertà, l'altra a difesa della dignità personale [...] Per quanto si riferisce alla direttiva programmatica circa la funzione di tutela sanitaria assunta dallo Stato, la Costituzione si limita a confermare una realtà giuridico sociale già esistente nello Stato moderno». Affermavano la natura programmatica dell'art. 32 comma 1 Cost. anche V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*,

Milano, 1952, 137; L. CARLASSARRE, L'art. 32 della Costituzione e il suo significato, in L'amministrazione sanitaria, a cura di R. Alessi, Vicenza, 1967, 113-114; F. PERGOLESÌ, Tutela costituzionale della salute, in *Corr. amm.*, 1961, 993.

5. Secondo F. PERGOLESÌ, Tutela costituzionale della salute, cit., 993-994, la salute si concretizza in uno «stato anatomico-fisiologico, corrispondente, in atto ed in potenza, ad un essere naturalmente normale».

6. Cfr. F. CASADIO, Organizzazione mondiale della sanità (OMS), in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 4; A. DAVI, Organizzazione mondiale della sanità, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 359.

7. Cfr., in proposito, G. CECCHERINI-M.L. LOI-M. SANTILLI, L'art. 32 nella giurisprudenza costituzionale, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli-U. Breccia, Milano, 1978, 55.

8. Così B. CARAVITA, La disciplina costituzionale della salute, cit., 25.

9. V. Cass., Sez. Un., 21 marzo 1973, n. 796, *Opera Valorizzazione Sila c. Talarico*, in *Foro amm.*, 1974, I, 1, 26; Id., Sez. Un., 9 aprile 1973, n. 999, *Soc. Roda acciai industria trafilati c. Rigamonti e Molteni*, in *Foro it.*, 1974, I, c. 843; Id., Sez. Un., 6 ottobre 1975, n. 3164, *Soc. Roda acciai industria trafilati c. Rigamonti*, ivi, 1976, I, c. 385; Id., Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463, *E.n.e.I. c. Eusebione ed altri*, C.n.e.n. e Regione Piemonte, ivi, 1979, I, c. 939.

10. Cfr. Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, *Cassa per il Mezzogiorno c. Langiano, Masino e Donadio*, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302. In *dottrina v. D. VINCENZI AMATO*, Tutela della salute e libertà individuale, in *Giur. cost.*, 1982, 2466, secondo cui è la stessa collocazione della salute come diritto dell'individuo prima e come interesse della collettività poi a non poter essere letta altrimenti «che nel senso di una netta priorità della tutela del bene individuale rispetto all'interesse della collettività che per il suo tramite certamente si realizza».

11. Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 88 del 1979, in relazione alla quale v. G. ALPA, Danno «biologico» e diritto alla salute davanti alla Corte costituzionale, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 9; A. ANZON, L'altra «faccia» del diritto alla salute, in *Giur. cost.*, 1979, 657; A. DE CUPIS, Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale, in *Giust. civ.*, 1980, I, 535.

12. Cfr. M. LUCIANI, Salute. I) Diritto alla salute - *Dir. cost.*, cit., 5.

13. Cfr. Corte cost., sent. n. 455 del 1990, secondo cui il diritto ad ottenere trattamenti sanitari «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto

dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione, in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento».

14. Sempre Corte cost., sent. n. 455 del 1990, ha, peraltro, precisato che la categoria dei diritti costituzionali condizionati «non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria [...] avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione».

15. In questo senso R. FERRARA, Salute (diritto alla), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 534.

16. Cfr., in particolare, F. FIGORILLI, Linee evolutive in materia di tutela giurisdizionale amministrativa e diritto alla salute del cittadino, in *Tutela della salute e libertà terapeutica: competenze e giurisdizione*, a cura di G. Gerin, Trieste, 2000, spec. 105 ss.

17. Nel testo risultante per effetto dell'art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205.

18. V., in proposito, B. SASSANI, La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (artt. 33, 34 e 35 del d.lgs n. 80 del 1998), in *Riv. dir. proc.*, 1999, 1013; ID., La giurisdizione esclusiva, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, IV, Milano, 2000, 3557 s.; R. TISCINI, La giurisdizione esclusiva, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2001, spec. 339.

19. In questo senso A. BALDASSARRE, *Diritto della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 116-117.

20. Cfr. l'art. 5 l. 30 novembre 1998, n. 419; il d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230; l'art. 2 commi 283 e 284 l. 24 dicembre 2007, n. 244; nonché il d.p.c.m. 1° aprile 2008.

21. Diritti, questi, espressamente affermati da Corte cost., sent. n. 175 del 1982.

22. Scomponibili in prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione (in relazione alla fase in cui la prestazione viene effettuata), ed in assistenza medico-generica, specialistica, infermieristica, ospedaliera e farmaceutica (con riguardo alla natura della prestazione medesima).

23. V. Corte cost., sent. n. 114 del 1979, in tema di sospensione o differimento della pena detentiva, attraverso la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 589 comma 5 c.p.p. 1930, nella parte in cui attribuiva il potere di disporre il rinvio per grave infermità fisica al ministro della giustizia e non al giudice; sent. n. 134 del 1984, secondo la quale gli artt. 1 comma 4 l. 22 maggio 1975, n. 152, e 11 ord. penit. «sono rivolti principalmente a realizzare la effettiva tutela della salute dei detenuti»; sent. n. 414 del 1991, attraverso la quale, nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 47-

ter l. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in poi: ord. penit.), nella parte in cui non prevede che la reclusione militare sia espiata in detenzione domiciliare quando trattasi di «persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali», la Corte costituzionale ha affermato che «il bene fondamentale della vita e della salute, di cui all'art. 32 della Costituzione [...] ha forza di sottrarre il cittadino alle armi, condannato alla pena della reclusione militare, alla soggezione alla disciplina e alle modalità della espiazione speciale, quando egli richieda conversione di questa in detenzione domiciliare. Il valore della dignità e della salute di ciascun essere umano è valore supremo che non conosce distinzioni e graduazioni di status personali e dunque annienta ogni separazione tra cittadini e soldati».

24. V., per tutte, Cass., Sez. I, 24 ottobre 1994, Giraldi, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 940, in cui si afferma, «in termini del tutto incidentali, che il diritto alla salute, così come garantito dalla Costituzione (art. 32), è anche il diritto alla salute della persona detenuta».

25. Stando all'art. 240 disp. coord. c.p.p., nei confronti della persona che si trovi in stato di custodia cautelare provvede «il giudice che procede» (art. 279 c.p.p.). Il relativo provvedimento sarà pertanto suscettibile di controllo secondo le ordinarie dinamiche del procedimento cautelare (art. 310 c.p.p.).

26. La giurisprudenza di legittimità è consolidata nell'affermare l'inoppugnabilità del diniego, sulla scorta di un'asserita inidoneità dello stesso ad incidere sullo status libertatis dell'individuo. V., in tal senso, Cass., Sez. VI, 25 marzo 2009, S.L., in *Mass. Uff.*, 243314; Id., Sez. I, 7 giugno 2002, Calzolaio, in *Riv. pen.*, 2003, 170; Id., Sez. I, 16 giugno 1993, Mortafà, in *Cass. pen.*, 1994, 1948, 1232; Id., Sez. I, 14 giugno 1993, Chiera, *ibidem*, 3111, 1965; Id., Sez. I, 18 giugno 1992, Romano, *ivi*, 1993, 2924, 1774; Id., Sez. I, 27 novembre 1991, Mascellino, *ibidem*, 434, 281; Id., Sez. I, 30 gennaio 1991, Santisi, in *Riv. pen.*, 1992, 413; Id., Sez. I, 14 marzo 1986, Bernardi, in *Cass. pen.*, 1987, 1240, 1027; Id., Sez. I, 9 marzo 1977, Allatta, in *Giust. pen.*, 1977, III, c. 613, con osservazioni critiche di C. TAORMINA. In letteratura, afferma la natura amministrativa del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 11 ord. penit. G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, 4° ed., Milano, 1998, 99. Contra M. GENGHINI, «Sicurezza degli istituti penitenziari. Diritti soggettivi e interessi legittimi dei detenuti, in *Diritto penitenziario e misure alternative*, Roma, 1979, 81 secondo cui «non si potrebbe dubitare – art. 111 Cost. – della ricorribilità in Cassazione per motivi di legittimità, contro il provvedimento del magistrato di sorveglianza che negasse il ricovero in luogo esterno di cura senza idonea motivazione e ricorrendone i presupposti di necessità richiesti dalla legge». Per analoghe considerazioni, cfr. G. DE CATALDO, *Carcere e diritto alla*

salute, in *Quest. giust.*, 1987, 850.

27. Cfr. gli artt. 5-10 ord. penit., integrati, in sede regolamentare, dagli artt. 6 s. reg. es. Queste disposizioni hanno per oggetto le caratteristiche degli edifici penitenziari, i locali di soggiorno e di pernottamento, il vestiario ed il corredo, l'igiene personale, l'alimentazione, la permanenza all'aperto, le attrezzature per attività di lavoro, di istruzione e di ricreazione. In dottrina v. G. DI GENNARO-R. BREDA-G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, nuova ed. riv., Milano, 1997, 61-79; M. GENGHINI, "Sicurezza degli istituti penitenziari. Diritti soggettivi e interessi legittimi dei detenuti, in *Diritto penitenziario e misure alternative*, Roma, 1979, spec. 77-80.

28. In tal senso, M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, 8° ed., Milano, 2006, 140.

29. Integrato, in sede regolamentare, dagli artt. 17-20 reg. es.

30. In questo senso, G. DI GENNARO-R. BREDA-G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 82. In relazione all'art. 11 ord. penit. v. anche M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 140 s.; F. CERAUDO, *L'organizzazione sanitaria penitenziaria in Italia*, in *Carcere e trattamento*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1989, 175 s.; G. DE CATALDO, *Carcere e diritto alla salute*, in *Quest. giust.*, 1987, 847 s.; ID., *Spunti in tema di diritto alla salute del detenuto*, in *Leg. e giust.*, 1988, 170; A. DI GIOVANNI, *Diritto alla salute del detenuto ed esigenze della giustizia penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1989, fasc. 3/4, 49; A. GIARDA, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., 259 s.; V. GREVI, *Gravi condizioni di salute dell'imputato e custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 159; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995, 39 s.; ID., *Sul ricovero del detenuto in luogo esterno di cura*, in *Cass. pen.*, 1997, 1550; G. LA GRECA, *La salute del detenuto*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 384; G. LOIACONO, *Premesse programmatiche di un riordinamento dei servizi sanitari penitenziari*, in *Rass. studi penit.*, 1977, 363; A. TERRANOVA, *La tutela della salute in carcere. In particolare: l'O.P.G. dopo l'abolizione dei manicomi*, in *Problemi attuali della magistratura di sorveglianza*, Roma, 1983, 37 s.; S.F. VITELLO, *La tutela della salute in ambito penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1996, 2369.

31. L'art. 17 comma 5 reg. es. prevede che, nel caso in cui le prestazioni di carattere psichiatrico non siano assicurate a mezzo dell'opera di specialisti in psichiatria di ruolo, la direzione dell'istituto si avvale di specialisti ai sensi dell'art. 80 comma 4 ord. penit.

32. Cfr. A. TERRANOVA, *La tutela della salute in carcere. In particolare: l'O.P.G. dopo*

l'abolizione dei manicomi, cit., 40.

33. V., comunque, l'art. 11 comma 8 ord. penit. (integrato dall'art. 19 reg. es.), secondo cui «in ogni istituto penitenziario per donne sono in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere».

34. V. G. DI GENNARO-R. BREDA-G. LA GRECA, Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, cit., 83-84, i quali sottolineano la possibilità di trasferire gli individui bisognosi di ricovero negli istituti dove si sia in grado di prestare loro l'assistenza medica richiesta.

35. Sul piano delle enunciazioni di principio v. già le circolari D.A.P. n. 3132/5582 del 12 settembre 1985, in G. ZAPPA-C. MASSETTI, Il codice penitenziario e della sorveglianza, Piacenza, 1999, 689, e n. 3154/5604 del 2 gennaio 1986, ibidem, 689; nonché, più di recente, la circolare D.A.P. n. 181045 del 6 giugno 2007.

36. V. gli artt. 94 disp. att. c.p.p., 42 comma 1 ord. penit. e 83 comma 2 reg. es.

37. Afferma la natura amministrativa dell'attività di prelievo di urine e successiva analisi, con conseguente inapplicabilità delle norme (e delle correlative garanzie difensive) riguardanti l'attività di indagine del pubblico ministero, Cass., Sez. I, 14 giugno 1993, Chiera, in Cass. pen., 1994, 3111, 1965, in tema di ricorso avverso revoca della semilibertà disposta perché il detenuto risultava positivo a sostanze stupefacenti.

38. Dispone l'art. 23 comma 2 reg. es., anche per gli individui in custodia cautelare, che «qualora dagli accertamenti sanitari o altrimenti, risulti che una persona condannata si trovi in una delle condizioni previste dagli articoli 146 e 147, primo comma, numeri 2) e 3), del codice penale, la direzione dell'istituto trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza per i provvedimenti di rispettiva competenza». Inoltre, l'art. 63 comma 1 reg. es. prevede che dell'eventuale grave infermità fisica o psichica diagnosticata ad un detenuto, la direzione ne dia «immediata comunicazione a un congiunto e alla persona eventualmente da lui indicata, a cura e spese dell'Amministrazione con il mezzo più rapido e le modalità più opportune». Per ciò che concerne l'accertamento delle infermità psichiche, v. l'art. 112 reg. es.

39. Cfr. le lettere circolari prot. n. 639845/2 Spec. Gen. del 9 agosto 1990, in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA. DIPARTIMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA, Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti: "Compiti dell'Amministrazione penitenziaria", Roma, 1991, 170, e n. 644244/2 Spec. Gen. del 21 dicembre 1990, ibidem, 180. In prospettiva generale, sulla cartella clinica penitenziaria, v., già, M. DE MENNATO, La cartella clinica e biografica istituita nel riformatorio giudiziario di Nisida, in Riv. dir. penit., 1938, 1286; nonché, più di recente, B. MAGLIONA, La cartella clinica ospedaliera nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione, in Dir. pen. e proc.,

1996, 95; B. MAGLIONA-M. PASTORE, La cartella clinica penitenziaria. Aspetti giuridici e medico-legali, in Riv. it. med. leg., 1991, 453.

40. Così la circolare D.A.P. n. 3258/5708 del 28 dicembre 1988, in G. ZAPPA-C. MASSETTI, Il codice penitenziario e della sorveglianza, cit., 699; nonché, in precedenza, la circolare D.A.P. n. 3182/5632, ibidem, 690.

41. Cfr. Cass., Sez. IV, 22 novembre 1994, Zuccarello, in Cass. pen., 1996, 2367, 1373, secondo la quale, «[p]oiché, a norma dell'art. 11 ord. penit., l'assistenza sanitaria è prestata nel corso della permanenza del detenuto nell'istituto penitenziario con periodici e frequenti riscontri, indipendentemente dalle richieste degli interessati, e poiché il sanitario deve visitare ogni giorno gli ammalati e segnalare immediatamente la presenza di malattie che richiedono particolari indagini e cure specialistiche, qualora muoia per AIDS un detenuto che, all'atto dell'ingresso in carcere, era indicato solo quale sieropositivo da HIV, e non già come affetto da AIDS conclamata, e che si era rifiutato di sottoporsi a visite, chiudendosi in volontario isolamento, è responsabile del reato di omicidio colposo il sanitario che, per un certo periodo di tempo (superiore a due mesi), non abbia visitato il detenuto detto qualora, risultando documentalmente le condizioni per l'evoluzione del male a breve scadenza, sia stato in possesso di elementi per valutare adeguatamente i sintomi e per rendersi conto che il detenuto non poteva più essere considerato solo un sieropositivo».

42. In argomento, v. già A. GIARDA, Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva, cit., 271; R.E. KOSTORIS, L'isolamento dell'"indagato" in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale, Trieste, 1990, 9 s.; S. PATANÉ, L'isolamento nella detenzione, in Giust. pen., 1981, II, 529.

43. L'art. 73 comma 1 reg. es. stabilisce che, durante l'isolamento, «speciale cura» sia dedicata dal personale all'infermo anche per sostenerlo moralmente.

44. In occasione della prima visita in Italia effettuata dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti (CPT) venne espressamente rilevato che: «Il CPT attribuisce una particolare importanza a tre diritti delle persone detenute dalla polizia/carabinieri: - il diritto della persona interessata di poter informare della sua detenzione un parente o una terza persona di sua scelta; - il diritto di mettersi in contatto con un avvocato; - il diritto di chiedere una visita da parte di un medico di sua scelta. Il CPT ritiene che questi diritti costituiscano tre garanzie fondamentali contro i maltrattamenti delle persone detenute. Essi dovrebbero essere applicati fin dall'inizio della detenzione (cioè a partire dal momento in cui l'interessato viene privato dalla polizia/dai carabinieri della sua libertà di andare e venire). Infatti, il periodo immediatamente successivo alla privazione della libertà è quello in cui il rischio

di intimidazioni e maltrattamenti è più elevato» (cfr. il Rapporto degli ispettori europei sullo stato delle carceri in Italia, Palermo, 1995, 48). Con particolare riferimento al riconoscimento del diritto al medico di fiducia, posto che il vigente codice di procedura penale «non regola la questione del diritto di una persona detenuta dalla polizia/dai carabinieri di ricorrere ad un medico» ( 53), «[i]l CPT raccomanda alle autorità italiane di adottare disposizioni legali specifiche su questo argomento. In particolare, queste disposizioni dovrebbero prevedere: - che una persona arrestata abbia il diritto di essere esaminata, se lo desidera, da un medico di sua scelta (in aggiunta a ogni visita svolta da un medico chiamato dalla polizia/dai carabinieri; - che ogni visita medica sia effettuata fuori dalla portata dell'udito e, preferibilmente, della vista dei funzionari di polizia o dei carabinieri, a meno che non vi sia una richiesta contraria da parte del medico interessato; - che i risultati della consultazione medica, nonché le dichiarazioni pertinenti dell'arrestato e le conclusioni del medico, vengano consegnate formalmente dal medico e messe a disposizione dell'arrestato e del suo avvocato».

45. L'elenco dei centri diagnostici e terapeutici è fornito dalla circolare D.A.P. n. 622738/15 del 27 aprile 1989, in G. ZAPPA-C. MASSETTI, *Il codice penitenziario e della sorveglianza*, cit., 703 s. La situazione, peraltro, appare carente dal punto di vista strutturale: v., in proposito, le considerazioni critiche avanzate da G. LA GRECA, *La salute del detenuto*, cit., 384. Secondo la circolare D.A.P. n. 3258/5708 del 28 dicembre 1988, cit., 700 «il ricovero dei detenuti e degli internati nei Centri diagnostici terapeutici dell'Amministrazione penitenziaria deve avvenire soltanto nei casi di effettiva necessità [...]. Del pari, la permanenza dei detenuti e degli internati nelle infermerie e nei centri diagnostici e terapeutici deve essere limitata al periodo strettamente necessario; quindi non coincide necessariamente con l'intera durata della malattia, ma è inferiore ad essa quante volte, pur perdurando la malattia, le normali risorse dell'istituto sono in grado di fornire una assistenza adeguata».

46. L'art. 113 reg. es. facoltizza l'amministrazione penitenziaria a stipulare convenzioni con i servizi psichiatrici pubblici.

47. V. già, in proposito, la circolare D.A.P. n. 3182/5632 del 21 luglio 1986, cit., p. 690, nonché, l'art. 7 d.l. 14 giugno 1993, n. 187, convertito con modificazioni dall'art. 1 comma 1 l. 12 agosto 1993, n. 296. Con la circolare D.A.P. n. 3258/5708 del 28 dicembre 1988, cit., 701, si auspicava una decisa sensibilizzazione dei medici dell'istituto di pena, affinché evitassero «che, pur nell'ovvio e categorico rispetto delle esigenze diagnostiche e terapeutiche presenti, un detenuto o internato pot[esse] essere trasferito in un ospedale o in un luogo esterno di cura, quando le cure o gli accertamenti diagnostici richiesti [fossero] o pot[esser]o essere apprestati dai servizi sanitari degli

istituti, in particolare dai loro centri diagnostici e terapeutici. E ciò al fine evidente e non derogabile [...] di evitare qualunque compiacenza o indebita concessione ai detenuti ed agli internati che, simulando o assumendo stati morbosi o patologici non esistenti o esagerando quelli esistenti, mir[asser]o a sottrarsi al regime della detenzione o dell'internamento in ambiente penitenziario o, addirittura, a procurarsi condizioni in cui evasioni od altri gesti illeciti possano essere realizzati o tentati con maggiore facilità».

48. V., in proposito, la circolare D.A.P. n. 3319/5769 dell'8 luglio 1991, in G. ZAPPA-C. MASSETTI, *Il codice penitenziario e della sorveglianza*, cit., 1274, nonché il d.m. 8 febbraio 1996, in *Gazz. Uff.*, Serie generale, n. 77 del 1° aprile 1996, 4, ed il d.m. 11 aprile 1997, *ivi*, n. 91 del 19 aprile 1997, 7.

49. Così la circolare D.A.P. n. 3182/5632 del 21 luglio 1986, cit., 691. La circolare D.A.P. n. 3258/5708 del 28 dicembre 1988, cit., 701, sottolinea come i medici penitenziari «non devono in alcun modo esprimere giudizi circa la compatibilità o la incompatibilità delle condizioni fisio-psichiche del detenuto o dell'internato con lo stato di detenzione o di internamento, a meno che, ovviamente, essi non ricevano al riguardo esplicito incarico da parte delle competenti autorità giudiziarie. Una tale valutazione rientra, infatti, nella esclusiva competenza del giudice, il quale potrà anche, ove lo ritenga, disporre al riguardo un accertamento peritale».

50. In merito a tale disposizione, soprattutto per ciò che concerne la distribuzione delle competenze ad ordinare il ricovero dell'imputato detenuto, v., già, A. GIARDA, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, cit., 260 s; nonché E. FASSONE, *Art. 240*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., *La normativa complementare*, II, Torino, 1992, 213; A. PRESUTTI, *Art. 240*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., *Appendice*, Milano, 1990, 254. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 20 giugno 1991, Orrù, in *Cass. pen.*, 1992, 2423, 1326, secondo cui, nell'ipotesi di richiesta di ricovero avanzata da soggetto che si trovi agli arresti domiciliari la competenza a concedere la relativa autorizzazione è sempre del giudice che procede, anche nell'ipotesi in cui sia già stata pronunciata la sentenza di primo grado.

51. Di rilievo, le differenti sfumature terminologiche, spazianti dall'infermità non meglio specificata (art. 245 comma 2 c.p.p. 1930), alle condizioni di salute particolarmente gravi (artt. 247, 254-bis comma 3, 254-ter e 259 comma 1 c.p.p. 1930), per finire alle condizioni di salute particolarmente gravi, che non consentono le cure necessarie nello stato di detenzione (art. 277 comma 4 c.p.p. 1930). Come in precedenza analizzato, l'art. 11 comma 2 ord. penit., operativo anche nei confronti degli individui in custodia cautelare, richiede la necessità di cure o accertamenti diagnostici che non possono

essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti. La medesima sinusoidale è individuabile anche nella stratificazione normativa caratterizzante l'art. 275 comma 4 (oggi 4-bis) c.p.p. 1988, il quale, dall'originaria tutela delle condizioni di salute particolarmente gravi, è passato attraverso interpolazioni successive a privilegiare dapprima una gestione della salute intra moenia con l'aggiunta dell'inciso che non consentono le cure necessarie in stato di detenzione, poi, a rimettere definitivamente alla discrezionalità giudiziale la decodificazione della ridondante (e quindi non agevole) formula condizioni di salute particolarmente gravi incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere. Più di recente, attraverso la modificazione operata dall'art. 1 l. 12 luglio 1999 n. 231, il legislatore sembrerebbe essersi curato maggiormente di salvaguardare l'aspetto patologico oggettivo, riservando la tutela alla malattia particolarmente grave, per effetto della quale le [...] condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere.

52. L'art. 275 comma 4 c.p.p., accomunava, sulla scorta di risalente tradizione, condizioni fisiologiche meritevoli di tutela quali la gravidanza e la vecchiaia, a condizioni patologiche individuate dalla locuzione «condizioni di salute particolarmente gravi». L'art. 275 comma 5 c.p.p. stabiliva un analogo divieto di custodia cautelare in carcere per i tossicodipendenti o alcooldipendenti che avessero in corso un programma terapeutico di recupero nell'ambito di una struttura autorizzata. Quest'ultima disposizione è stata abrogata dall'art. 5 comma 2 d.l. 14 maggio 1993, n. 139, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 luglio 1993, n. 222 e contestualmente trasfusa (art. 5 comma 1 d.l. 14 maggio 1993, n. 139, cit.), con alcune modificazioni, in una diversa sedes materiae, quella relativa alla disciplina in materia di sostanze stupefacenti (art. 89 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309).

53. E, tra questi, l'art. 291 comma 1 c.p.p., nel testo novellato dall'art. 8 comma 1 l. 8 agosto 1995, n. 332, comprende anche «tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate».

54. I successivi interventi urgenti hanno completamente stravolto l'originario assetto del sistema cautelare e, più in generale, carcerario: la tendenza è stata quella di introdurre, analogamente a quanto verificatosi in executivis, forme presuntive di pericolosità sociale desunte dal titolo del reato, da inibire con l'obbligatoria custodia carceraria.

Di più, è stato mortificato il potere discrezionale dei giudici nel modulare l'afflittività della cautela, a favore di un potenziamento dei poteri coercitivi dell'accusa ovvero di organi non appartenenti al potere giudiziario; è stato, infine, invertito l'onere della prova relativo alla sussistenza/insussistenza delle esigenze cautelari.

55. Con riferimento specifico al rapporto tra AIDS e carcere, v. C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, p. 141 ss. e 223 ss.

56. L'art. 71. 12 luglio 1999, n. 231, ha inserito nel codice penale l'art. 211-bis, attraverso il quale gli artt. 146 e 147 c.p. sono stati ritenuti applicabili alle misure di sicurezza personali, ovviamente detentive. Dal canto proprio, l'art. 47-quater ord. penit., introdotto sempre dalla legge n. 231 del 1999, contempla espressamente le persone internate affette da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria a richiedere le misure alternative contemplate dagli artt. 4 e 47-ter ord. penit. Va dato atto che l'art. 2 l. 8 marzo 2001, n. 40, ha introdotto una deroga all'incondizionata applicazione degli artt. 146 e 147 c.p. alle misure di sicurezza. Il novellato comma 2 dell'art. 211-bis c.p. prevede, infatti, un ricovero coatto in una casa di cura ovvero in altro luogo adeguato alla situazione o alla patologia della persona, quando la misura di sicurezza debba essere eseguita nei confronti dell'autore di un delitto consumato o tentato commesso con violenza contro le persone ovvero con l'uso di armi e vi sia concreto pericolo di recidiva.

57. Propende per l'identità dei termini rinvio e differimento, A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, 2° ed., Torino, 1953, 237.

58. Con riferimento al verificarsi di siffatte ipotesi ad esecuzione già iniziata, ritengono maggiormente appropriato esprimersi in termini di sospensione, realizzandosi una vera e propria parentesi nel corso cronologico della sanzione M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 220, i quali, riferendosi invece al rinvio-differimento, parlano di «traslazione nel tempo del momento iniziale del rapporto sanzionatorio».

59. Cfr. Cass., Sez. I, 27 gennaio 1992, Viola, in Cass. pen., 1993, 833, 493, secondo cui «la durata della pena da espriare è ininfluyente ai fini della valutazione dei presupposti della sospensione».

60. Con la decisione citata, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 146 c.p., nella parte in cui prevede che il differimento abbia luogo anche quando l'espiazione della pena possa avvenire senza pregiudizio della salute del soggetto e di quella degli altri detenuti.

61. V *Corte cost.*, sent. n. 114 del 1979.

62. Nel senso che l'art. 11 ord. penit., nella totalità dei presidi apprestati (ricovero in infermeria, ricovero in un CDT, ricovero, infine, in luogo esterno di cura), costituisca fondamentale parametro di riferimento ai fini della concessione del rinvio facoltativo dell'esecuzione, v., per tutte, Cass., Sez. I, 22 novembre 2000, Piromalli, in *Mass. Uff.*, 218229.

63. Nella medesima ottica di favor, accordato dalla legge penitenziaria allo stato di

gravidanza ed alla maternità, vanno letti gli artt. 47-quinquies e 47-sexies ord. penit., concernenti la detenzione domiciliare speciale.

64. Cfr. Corte cost., sent. n. 165 del 1996.

65. V., di recente, Corte eur., Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, che ha ravvisato la violazione dell'art. 3 C.E.D.U. non essendo stato assicurato al detenuto uno spazio vitale sufficiente.

66. Cfr. Corte cost., sent. n. 26 del 1999.



**Babucci, Elena**

Avvocato, conciliatore, dottoranda in “*Società della conoscenza e disciplina del mercato comune. Profili interdisciplinari del processo d’integrazione europea ed internazionale*” presso l’Università degli Studi di Perugia. Collabora con le cattedre di Istituzioni di diritto privato, dottrine generali del diritto civile, diritto privato dell’economia e diritto di famiglia.

**Cerri , Silvio Pietro**

Dottorando di ricerca in “*Società della conoscenza e disciplina del mercato comune. Profili interdisciplinari del processo d’integrazione europea ed internazionale*”, collabora con le Cattedre di «Istituzioni di Diritto privato» e «Dottrine generali del diritto civile» della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Perugia. Abilitato all’esercizio della Professione Forense.

**Cippitani, Roberto**

Profesor encargado de Derecho Privado de la Administración Pública en la Facultad de Derecho de la Università degli Studi de Perugia.

## **Colcelli, Valentina**

Research fellow (Facoltà di Giurisprudenza, Università di Perugia); Ph.D (Università di Perugia); Avvocato.

## **Fiorio, Carlo**

Docente di Diritto processuale penale e Diritto penitenziario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia. Dottore di ricerca in Teoria generale e comparazione processuale. Già coordinatore della segreteria tecnico-scientifica della Commissione per la riforma del codice di procedura penale, istituita, presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, con D.I. 27 luglio 2006.

Componente del Comitato di Direzione dell'Osservatorio del processo penale e della Rassegna giuridica umbra; del Comitato Scientifico di Antigone, Associazione per i diritti e le garanzie nel sistema penale; del Comitato di Redazione della Giurisprudenza Italiana e della Giurisprudenza di Merito.

E' autore di due monografie e di altre ottanta pubblicazioni tra saggi, articoli e note a sentenza.



