

## **CULTURA E DIRITTI**

**3**

**2020**



# CULTURA E DIRITTI PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

**SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA**  
*FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE*

**rivista quadrimestrale • anno IX • numero 3 • settembre-dicembre 2020**

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

340.05 (22.)

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

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

### **Scuola Superiore dell'Avvocatura**

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

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

Sito web: [www.scuolasuperioreavvocatura.it](http://www.scuolasuperioreavvocatura.it)

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

Numero chiuso in redazione il 2 gennaio 2021

Hanno collaborato a questo numero: Riccardo Bianchini, Giulia Corsini, Paola D'Elia, Annalisa Pomes, Michele Salazar, Giuseppe Spoto

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

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

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

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

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

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

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-3318-077-9

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

# Indice

- 7 Editoriale  
*Salvatore Sica*

## **Orientamenti**

- 11 *Customer satisfaction*: le carte dei servizi  
*Paola D'Elia*

## **Formazione forense**

- 51 Gli avvocati nell'ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano  
*Michele Salazar*

## **Diritto europeo e comparato**

- 59 Il riconoscimento dei figli nati mediante maternità surrogata: fra interessi coinvolti, valori costituzionali e nuove prospettive della giurisprudenza  
*Annalisa Pomes*
- 93 L'informazione come strumento di tutela e di divulgazione degli effetti benefici degli alimenti  
*Giulia Corsini*

## **Professioni, cultura e società**

- 121 Il ruolo dell'avvocatura davanti al giudice *inventore* del diritto: note di politica forense a margine dell'ultimo lavoro di Paolo Grossi  
*Riccardo Bianchini*

## **Biblioteca**

- 131 Recensione a *Il diritto dell'era digitale* di Giovanni Pascuzzi  
*Giuseppe Spoto*



## Editoriale

Salvatore Sica

---

Il nuovo fascicolo si apre con il contributo di Paola D'Elia che esamina l'impatto delle carte dei servizi nel sistema di tutele dei consumatori. Le politiche di liberalizzazione hanno spinto verso un radicale ripensamento delle modalità di soddisfazione dei bisogni dei cittadini mediante la ridefinizione delle responsabilità dei pubblici poteri ed hanno aumentato il ruolo delle carte dei servizi come strumenti di garanzia e di effettiva realizzazione degli interessi degli utenti. Non sempre è facile applicare all'utente le medesime tutele del diritto dei consumatori, perché sotto il profilo della tutela della concorrenza, la nozione di cittadino che utilizza i servizi pubblici potrebbe non coincidere con quella del mero consumatore. Tuttavia, le differenze di inquadramento giuridico possono trovare soluzione mediante le carte dei servizi con cui gli enti erogatori assumono impegni nei confronti della propria utenza, che sono diventate non solo gli strumenti di realizzazione di una piena trasparenza e di una corretta esecuzione delle prestazioni offerte, individuando gli standard di qualità, ma soprattutto il principale mezzo di informazione sulle modalità di tutela a disposizione.

La rubrica dedicata alla formazione si avvale del prezioso apporto di Michele Salazar sulle novità introdotte nell'ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano, alla luce di una recente riforma approvata dal più piccolo Stato del mondo che ha abrogato il precedente regime giuridico e riconsiderato la composizione degli organi giudiziari e lo stato giuridico ed economico dei magistrati, nonché l'ufficio del promotore di giustizia in modo più compatibile ed efficace con le esigenze della modernità.

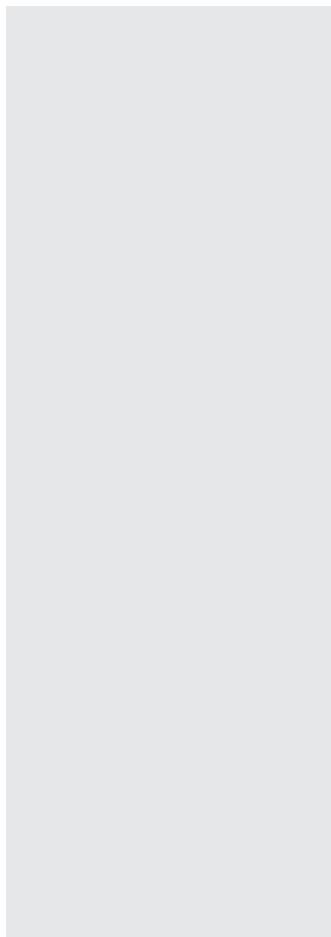
Un ulteriore aggiornamento è offerto dalle note di Annalisa Pomes e di Giulia Corsini, su due questioni giuridiche, particolarmente interessanti. Il primo commento ha ad oggetto una riflessione sugli aspetti più delicati affrontati dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e di interesse del minore nato all'estero con tali tecniche, ripercorrendo le tappe giurisprudenziali di un difficile dibattito, mentre il secondo commento, partendo dal tema dei *claims* nutrizionali e dalle osservazioni compiute da ultimo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, affronta il rapporto tra conoscenza scientifica e Diritto, riprendendo un argomento, molto caro alla "mission" della Rivista e che è stato più volte esaminato.

La rubrica "Professioni, cultura e società" è affidata alla penna di Riccardo Bianchini che invita il lettore a riflettere sul rapporto dell'avvocato e del giudice, e soprattutto sul ruolo di interprete "creatore" di quest'ultimo, prendendo spunto da un famoso libro di Paolo Grossi.

Da ultimo, i suggerimenti di lettura, curati da Giuseppe Spoto, ci presentano, a distanza di pochi anni dall'ultima edizione, il libro di Giovanni Pascuzzi sui cambiamenti del diritto nell'era digitale. Il testo, pur mantenendo l'impianto teorico precedente, fornisce ulteriori riflessioni di fronte all'evoluzione tecnologica, in linea con le novità intervenute in tema di processo telematico, *blockchain*, Internet degli oggetti, tutela della privacy e molti altri argomenti di estrema attualità.



# ORIENTAMENTI





## *Customer satisfaction: le carte dei servizi*

Paola D'Elia

---

### **Servizi pubblici e disciplina consumeristica: rilievi introduttivi**

La legislazione del sistema dei servizi pubblici – che presenta una struttura complessa e dinamiche peculiari<sup>1</sup> – richiede di calibrare l'attenzione sul codice del consumo, ove all'art. 2, comma 2, sono riconosciuti «ai consumatori ed agli utenti [...] come fondamentali i diritti: (lett. g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza». Traspare, pur nell'assenza di precettività della disposizione richiamata, «un'evoluzione latamente culturale che teleologicamente approda ad una visione solidaristica, laddove alcuna forma di strapotere e/o sopraffazione potrà essere assicurata a favore della parte contrattuale forte»<sup>2</sup>.

Si è al cospetto di una prospettiva di *customer satisfaction*, ovvero di “cultura del risultato”, ove ciò che rileva è la concreta attitudine a soddisfare le esigenze dei “clienti”, in un temperamento di interessi, non di rado contrapposti, vale a dire economicità del servizio, funzionalità, fruibilità ed accessibilità<sup>3</sup>.

L'affermazione delle politiche di liberalizzazione dei servizi ha condotto ad un radicale ripensamento delle modalità di soddisfazione dei bisogni dei citta-

---

<sup>1</sup> P. CIRIELLO, voce *Servizi Pubblici*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma 1990, p. 1, «costituisce, infatti, affermazione comune a quasi tutte le trattazioni dedicate dalla dottrina al tema dei servizi pubblici quella di una sostanziale indeterminatezza della nozione». A. ORICCHIO, *Tutela del consumatore e dei servizi pubblici*, in *Temi di diritto privato*, collana diretta da G. ALPA, Milano 2001, pp. 50-51, chiarisce come il distinguo nozione oggettiva/soggettiva di servizio pubblico sia tipico dell'elaborazione pubblicistica francese, mentre la dottrina anglosassone abbia fatto perno sulla distinzione tra servizi pubblici “puri” o “non puri”. Sono puri i servizi pubblici goduti simultaneamente da tutti i cittadini nella stessa misura, senza che nessuno se ne possa appropriare in via esclusiva. Tuttavia, il prescindere dal soggetto erogatore del servizio ha portato al distinguo tra una *public provision* ed una *public production*.

<sup>2</sup> G. SCIANCALEPORE, *sub. artt. 1-4*, in *Commentario al codice del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE, Milano 2006, p. 17. Nella stessa prospettiva assiologica può leggersi: «[...] *The second conception posits that solidarity lies at the heart of the contract on the basis that each party has a positive duty to help and cooperate with the other contracting party; that the parties must behave transparently towards one another*» (H.W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRY, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford and Portland, Oregon 2010, p. 214).

<sup>3</sup> Sul punto v. si *amplius* V. CUFFARO, *sub art. 101*, in *Codice del consumo e norme collegate*, Milano, 2012; sulle innovazioni strutturali derivanti dal passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore cfr. M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza tedesca e italiana a confronto*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2003, pp. 116 ss.

dini mediante la ridefinizione delle responsabilità dei pubblici poteri (chiamati, oggi, principalmente a regolare) e dei soggetti erogatori<sup>4</sup>.

Giova allora rimarcare – seppur nei limiti del presente lavoro, non essendo questa la sede per formulare bilanci complessivi sul punto – il portato di una tendenza, che valica notoriamente i confini nazionali<sup>5</sup>, tesa a diminuire la presenza dello Stato nelle attività economiche e produttive<sup>6</sup>, accompagnata da privatizzazioni, fino alla modifica delle stesse nozioni di servizi pubblici e d'interesse pubblico<sup>7</sup>. Le soluzioni fatte proprie dai diversi ordinamenti risultano, per molti versi, più armoniose rispetto al passato.

Si coglie, in chiave comparatistica, il riferimento alla concezione di servizio pubblico elaborata dalla giurisprudenza francese<sup>8</sup>, ma ancor più utile è proba-

<sup>4</sup> A. CORPACI, *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna 2003, pp. 15 ss. Inoltre, si pensi alla disciplina sulle liberalizzazioni (d.l. 31.1.2007, convertito con modificazioni in l. 2.4.2007, n. 40, c.d. "riforma Bersani"), che nel tentativo di rendere più concorrenziali gli assetti di mercato, ha interessato anche i pubblici servizi, prevedendo, ad esempio, per gli utenti: la trasparenza delle tariffe nei servizi di telefonia mobile; la libertà di recedere dai contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, in qualsiasi momento e senza spese non giustificate da costi dell'operazione; l'informazione degli utenti sull'effettivo costo del carburante.

<sup>5</sup> Sul processo di privatizzazione e liberalizzazione del sistema dei servizi pubblici britannici si rinvia a C. GRAHAM, T. PROSSER, *Privatizing public enterprises. Constitutions, the State and regulation in comparative perspective*, Oxford 1991.

<sup>6</sup> Cfr. A. LUCARELLI, *Sub art. 43 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, Torino 2006, p. 891, il quale precisa che dagli anni Ottanta, sotto l'impulso delle organizzazioni internazionali affiliate alle Nazioni Unite e ad altre, quali la Banca mondiale, il Fondo monetario internazionale, e l'Organizzazione mondiale del Commercio si è assistito a livello internazionale ad un ridimensionamento del ruolo dello Stato nell'economia e ad una contestuale privatizzazione dei servizi pubblici.

<sup>7</sup> Sull'evoluzione della nozione di servizio pubblico che ha caratterizzato la seconda metà del Novecento v. si G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporto di utenza*, Padova 2001. È utile altresì sottolineare che – sebbene processi essenzialmente coevi – la privatizzazione delle imprese attiene al processo di trasferimento della titolarità delle stesse ai privati, mentre la liberalizzazione consiste nell'abbattimento delle barriere di accesso al mercato da parte di potenziali concorrenti (G.A. BERMAN, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati, Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO - M. D'ALBERTI (a cura di), Bologna 2000, pp. 31 ss.).

<sup>8</sup> F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino 1970, p. 215, precisa che la genesi giurisprudenziale del *service public* trova il suo antecedente logico nella distinzione fra gli atti autoritativi, frutto dell'esercizio dei poteri di imperio ed "*actes de gestion*" comprendenti quest'ultimi un'ampia zona grigia nella quale un regime privato di privilegio interferiva col regime civilistico di atti e fatti giuridici similari imputabili ai privati. Per quanto attiene, in modo più generale, all'influenza francese nel nostro ordinamento si pensi, d'altronde, che la redazione dello stesso codice del consumo muove dal *Code de la Consommation* francese (cfr. V. VARANO, *La tutela del consumatore nel diritto francese: les pratiques commerciales règlementées dans le code de la consommation*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 755).

bilmente l'elaborazione giurisprudenziale anglosassone in materia di *public utility*<sup>9</sup>, capace di puntare con risolutezza al preminente interesse collettivo e alla tutela del consumatore-utente<sup>10</sup> relativamente a servizi sempre più resi da soggetti privati che li gestiscono in regime di diritto comune<sup>11</sup>.

Tale ultima considerazione potrebbe apparentemente sorprendere in ragione della peculiarità dell'esperienza britannica<sup>12</sup>, posta storicamente in contrasto con i modelli continentali e, più specificamente, con il sistema francese e con la relativa presenza del *droit administratif*, diritto "speciale" per l'amministrazione<sup>13</sup>.

Di converso, proprio l'emersione di nuovi bisogni sociali generati dalla rivoluzione industriale ha determinato l'introduzione di autorità amministrative dotate di poteri prescrittivi e sanzionatori, il che ha indotto gli studiosi a parlare di una vera e propria "*administrative revolution*"<sup>14</sup>.

Va quindi ascritto all'effetto di esperienze di altri sistemi giuridici l'intento di una tutela più incisiva che si è sostanzialmente sviluppata lungo due direttrici:

<sup>9</sup> Per una complessiva riflessione sull'interesse collettivo traendo spunto dal sistema anglosassone e statunitense della *public company*, si veda F. D'ALESSANDRO, *Imprese di pubblica utilità*, Torino 1967, *passim*.

<sup>10</sup> «A fianco dei tradizionali principi di eguaglianza e di continuità ed imparzialità, propri della tradizione storica del servizio pubblico, si sono affacciati sulla scena delle garanzie dell'utente principi nuovi – quali quelli di scelta tra le diverse offerte, di partecipazione e di efficienza del servizio – inconcepibili al di fuori di una relazione giuridica che assimili l'utente al consumatore di beni e servizi»: così, G.F. CARTEI, S. FARO, *Consumatore (tutela del)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, parte spec., tomo I, cit., p. 958.

<sup>11</sup> D'altronde, la grande dicotomia tra diritto privato e diritto pubblico è caratteristica proprio degli ordinamenti di *civil law*, contrassegnati da un carattere fortemente autoritario (Cfr. N. BOBBIO, "Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria" e "La grande dicotomia", in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano 1977, p. 145; ID., *Diritto privato e diritto pubblico in Hegel*, in *Riv. Filosofia*, vol. LXVIII, 7-8-9/1977, p. 3).

<sup>12</sup> Si pensi alle tesi autorevoli di Albert Venn Dicey. Per indicazioni sulla letteratura su Dicey v. si *ex multis* R.A. COSGROVE, *The Rule of Law. Albert Venn Dicey Victorian Jurist*, London, Macmillan 1980; S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quad. fior.*, 1990, p. XIX; ID., *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1995, 1, pp. 107-131 (ora in ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano 2010).

<sup>13</sup> Sull'evoluzione del diritto amministrativo in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Italia cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna 2019.

<sup>14</sup> O. MACDONAGH, *The 19th century Revolution in Government: a Reappraisal*, in *1 The Historical Journal* (1958). C.T. CARR, *Concerning English Administrative Law*, New York 1941. Per una più approfondita disamina dell'argomento cfr. D. FREDA, "The rulers of the land": i Justices of the peace *alle origini del diritto amministrativo inglese*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, fasc. 1, 1 marzo 2020, pp. 189 ss.

la previsione di *authorities* regolatorie di settore<sup>15</sup> e di azioni delle associazioni rappresentative dei consumatori<sup>16</sup>.

In altri termini, può dirsi come «accanto alla sempre più spinta privatizzazione dell'azione pubblica ed all'acquisizione di forme imprenditoriali del modo di operare della pubblica Amministrazione, secondo gli acuti e persuasivi suggerimenti del “rapporto Giannini” del 1978, si ha una più estesa considerazione delle esigenze della collettività e della protezione di chi si pone nel rapporto come semplice consumatore»<sup>17</sup>.

*Apertis verbis* le Amministrazioni tendono ad esternalizzare i propri servizi, affidando la loro gestione a soggetti privati e riservandosi solo gli aspetti legati al controllo dei risultati e alla determinazione degli standard delle prestazioni, in un'attività di *social regulation*.

L'approccio dogmatico si è così gradualmente sviluppato in una dimensione “nuova” rispetto al passato, che si sofferma in particolare sulla riduzione dei prezzi e sull'aumento della “qualità”<sup>18</sup>. Tale crescendo, superando scetticismi dottrinari e distinzioni concettuali, ha reso possibile una moderna concezione dei servizi pubblici, tesa a coniugare l'interesse collettivo e la forma di erogazione sia essa fornita da enti pubblici o da soggetti privati<sup>19</sup>, nella ricerca di un

<sup>15</sup> M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia di atti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2019, pp. 3 ss.; D. FAUCEGLIA, *The freedom of contract at the time of Italian regulation authorities*, in *Comparazione e diritto civile*, 2/2019, p. 657, secondo cui «*Since the nineties, following the privatization of public enterprises, there has been a proliferation of the Authorities aimed at implementing policies to liberalize “sensitive markets”*».

<sup>16</sup> Si pensi da ultimo alla nuova disciplina della *class action*, introdotta dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, che ha trasferito tale istituto dalla precedente previsione contenuta nel codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) al codice di procedura civile attraverso l'inserimento di un nuovo Titolo VIII-bis dedicato ai procedimenti collettivi (azione di classe e azione inibitoria collettiva: artt. da 840-bis a 840-sexiesdecies c.p.c.). In argomento cfr. O. LANZARA, *Class action: l'influenza statunitense*, in *Comparazione e diritto civile*, 2/2019, pp. 654 ss., ove si evidenzia il tentativo del legislatore nazionale di avvicinare la disciplina interna sulle azioni collettive o di gruppo alla tradizione americana, la quale deve il suo successo a fattori non solo giuridici, ma soprattutto economici e sociali.

<sup>17</sup> G. ALPA, *Utenza pubblica e rapporti di diritto privato*, cit., p. 474.

<sup>18</sup> La tutela della qualità sta divenendo sempre di più un tema centrale nel dibattito giuridico in diversi ambiti disciplinari (dal diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza alla produzione e alla commercializzazione dei prodotti alimentari, con una dimensione che evidentemente trascende i confini nazionali). La crescente attenzione trova riscontro nell'importanza che alla problematica riservano, da molteplici punti di vista, la normativa e la giurisprudenza nazionale, comunitaria e internazionale. Si tratta, infatti, di questioni che coinvolgono fortemente una pluralità di interessi non sempre facilmente conciliabili, di cui, all'interno di ciascun Paese, sono latori soggetti pubblici (ai vari livelli del governo territoriale) e privati.

<sup>19</sup> Sia consentito sul punto il rinvio a O. LANZARA, *I contratti relativi all'erogazione di servizi pubblici*, in P. STANZIONE - A. MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, Torino 2009, p. 423;

bilanciamento del rapporto tra *private* e *public enforcement*, nella rotta, ben salda, del buon funzionamento del dispositivo concorrenziale.

Ebbene se può apparire – *prima facie* – “scontata” la tesi secondo cui il mondo dell’economia richieda sempre più elevati standard qualitativi nella competizione fra imprese e per la soddisfazione del cliente, è senz’altro caratteristica tipica dei nostri giorni che l’interesse delle parti di un contratto sia, ben spesso, teso ad ottenere un adempimento pieno ed esatto, piuttosto che contare su rimedi risolutivi<sup>20</sup>.

Al “mondo dei traffici”, che porta con sé l’immagine di un fermento frenetico di iniziative e negozi giuridici dove la circolazione della ricchezza diviene tanto maggiore e proficua quanto più essa sia capace di passare rapidamente di “mano”, le carte dei servizi offrono “riequilibrio” e “pacatezza”<sup>21</sup>.

Si apre alla possibilità della valutazione *ex ante* degli standard di qualità promessi ed al confronto *ex post* con la qualità del servizio concretamente erogato, agevolando *le chemin de la réflexion* in cui si possa stimare l’operato del professionista.

La debolezza del consumatore è l’*ubi consistam* della *protection* accordatagli, anche se le articolazioni concrete della disciplina, come vedremo, lasciano sullo sfondo tale premessa, che assume così un taglio quasi dommatico<sup>22</sup>.

Del resto, non può revocarsi in dubbio che il velodromo fagocitante ed indispensabile del mercato sia amato ma anche ricco di insidie<sup>23</sup>. Il termine “mer-

R. CONTI, *Servizi pubblici e codice del consumo*, in F. CARINGELLA - G. DE MARZO (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino 2007, p. 610.

<sup>20</sup> F. PADOVINI, *La qualità dei servizi tra responsabilità e certificazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 11/2011, p. 2196, rileva la presenza, oggi più frequente, delle cosiddette clausole di rimedio esclusivo, che limitano le “azioni” applicabili, concentrandosi sulla condanna all’adempimento e sul ristoro dei danni.

<sup>21</sup> G. SBISA, *Natura e funzione delle “carte dei servizi”, La carta del servizio elettrico*, in *Rass. giur. Enel*, 1997, p. 336; F. PUGLIESE, *Le Carte dei servizi. L’autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, p. 240; V. ROSSI, *La carta dei servizi pubblici*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, II, Torino 2003, p. 133.

<sup>22</sup> «L’avvento di leggi c.d. decodificanti, avvenuto a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, nel dar luogo a molteplici microsistemi normativi, ha segnato l’emersione di una nuova stagione degli status, sia pure identificati alla stregua di termini differenti da quelli ereditata dalla tradizione, avendo contribuito a dissolvere l’idea del soggetto quale neutro destinatario di norme giuridiche, al contempo dando corpo ai fondamentali valori della persona così come emergenti a livello costituzionale» (cfr. L. BALESTRA, *Il contratto fra unità e frammentazione*, in *Giust. civ.*, fasc. 2, 1 febbraio 2020, p. 223).

<sup>23</sup> M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano 2001, p. 13. Un punto di vista privilegiato è sicuramente offerto da chi ha chiarito che «il mercato degli affari è senza dubbio una realtà, una potenziale fonte di ricchezza, ma esso non rileva in sé, in quanto è caratterizzato non solo dai suoi vivi animatori, ma delle singole persone umane che lo qualificano, con tutte le prerogative, i limiti e le peculiari esigenze» (P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Prassi contrattuali e tutela del consumatore*, Milano 2004, p. 92). Cfr. G. AULETTA, *Contratto e mercato: a proposito del III volume de “Il diritto civile” di C.M. Bianca*, in *Scritti giuridici*, 8, Milano

cato” esprime un concetto astratto e inafferrabile, infatti, è stato osservato «[...] non esiste il mercato, quale luogo statico ed immutabile, deputato in senso assoluto agli scambi economici e soggetto alle proprie leggi naturali e costanti, ma esistono molteplici “mercati”, che necessitano di essere accompagnati da un predicato (immobiliare, agricolo, finanziario, azionario e via dicendo), che consenta di individuarli nella loro concretezza e di indicarne la relativa disciplina giuridica»<sup>24</sup>.

Nel caso che ci occupa, si tratta – in sostanza – di porre l’utente al riparo da manovre abusive, riconoscendogli la serenità psicologica necessaria per misurare la condotta dell’operatore professionale in un due distinte fasi: l’una diretta alla comprensione preliminare del portato del documento, l’altra successiva all’erogazione del servizio mercé la comparazione di quanto formalmente promesso con la qualità di quanto effettivamente ricevuto<sup>25</sup>.

Potrebbe quindi affermarsi – in via di prima approssimazione all’argomento – come con le carte di servizi non si distolga lo sguardo dall’intendimento di evitare l’“effetto sorpresa”, ben noto alla disciplina consumeristica, sol che si rifletta – a titolo esemplificativo – sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali<sup>26</sup>, rispetto alla qualità di un servizio risultato poi non corrispondente agli standard indicati, quindi all’effettivo interesse dell’utente.

In tal senso, può leggersi in un non consolidato pronunciamento della giurisprudenza amministrativa:

«L’inerzia del Comune nell’adozione della carta dei servizi, ossia di un atto necessario per la tutela degli utenti del servizio, non costituisce, di per sé, una ragione di esonero dagli obblighi informativi nei confronti dell’Autorità per l’e-

2001, pp. 227 s.; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, I/2007, p. 384; G. OPPO, *Contratto e mercato*, *Vario diritto. Scritti giuridici*, G. OPPO (a cura di), 7, Padova 2005, p. 193; E. GABRIELLI, “Operazione economica” e teoria del contratto. *Studi*, Milano 2013, pp. 159 s.; A. ZOPPINI, *Il contratto in generale*, *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI - P. RESCIGNO, 3, Milano 2009, p. 55.

<sup>24</sup> M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind.*, fasc. 3, 1 giugno 2019, p. 171, la quale ripercorre sostanzialmente la posizione espressa da raffinata dottrina (N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, pp. 11 ss.).

<sup>25</sup> A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amministrativo*, 1995, pp. 551 ss., discorre di «[...] una prestazione con caratteristiche oggettivamente stabili; correlativamente, la garanzia dell’utente sta nel conoscere preventivamente i livelli necessari perché la prestazione possa considerarsi sufficiente, e nell’esistenza di meccanismi di misurazione delle singole prestazioni».

<sup>26</sup> Cfr. O. LANZARA, *La vendita fuori dai locali commerciali*, in A. MUSIO - F. NADDEO (a cura di), *La compravendita*, 2009, p. 1136; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli 1996, p. 98; M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d.lgs. n. 50/1992*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 152; A. JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli 1995.



nergia elettrica, il gas e il sistema idrico. Tali obblighi, infatti, sono diretti ad assicurare la corrispondenza della tariffa rispetto ai costi effettivi del servizio, in ossequio al principio del “*full cost recovery*”. Conseguentemente, la circostanza che, a causa della mancanza della carta di servizi, la tariffa non possa subire incrementi, non esonera il gestore dal dimostrare l’effettiva corrispondenza della tariffa praticata ai costi sostenuti. In altri termini, l’Autorità deve essere messa comunque in condizione di verificare che la tariffa, pur essendo rimasta invariata, non sia in concreto esorbitante rispetto a quanto necessario per la copertura dei costi. Deriva da ciò che non è consentito al gestore sottrarsi agli obblighi informativi confidando nell’invarianza della tariffa, disposta a causa della mancata predisposizione della carta dei servizi»<sup>27</sup>.

La specificità della disciplina in esame, rafforzata dalla individuazione dei soggetti cui la stessa si rivolge, impone di prendere visione del campo di applicazione, quindi delimitarlo; il presente lavoro si prefigge siffatto obiettivo non prima, però, di aver individuato le figure che lo popolano<sup>28</sup>.

Come anticipato, il riferimento alla materia dei servizi pubblici nel codice del consumo rivela innanzitutto la misura del livello d’interesse che il legislatore ha dedicato ai c.d. rapporti di utenza, determinando una sostanziale equiparazione o assimilazione della figura dell’utente a quella del consumatore<sup>29</sup>.

La qualità e l’efficienza dei servizi pubblici (si pensi, a titolo esemplificativo, alla erogazione di energia elettrica e gas metano, alle telecomunicazioni, al servizio postale, al trasporto ferroviario ed aereo) puntano infatti alla *peace of mind* del consumatore-utente, a fronte dell’ampliamento dei mercati e delle esigenze dell’imprenditorialità. Per vero, la figura dell’utente non sembra rivelare, in prima analisi, alcun tratto fisionomico peculiare<sup>30</sup>. A ben riflettere, va rilevato come si sia progressivamente determinata non tanto una «segmentazione della figura del consumatore, che pure rappresenta tuttora un indiscusso

<sup>27</sup> TAR Milano, (Lombardia) Sez. II, 3 novembre 2016, n. 2009, in *Foro Amministrativo (II)*, 2016, 11, 2702; conforme: Cons. St., Sez. VI, 5 gennaio 2015 n. 3, in *Foro Amministrativo (II)*, 2015, 1, 99.

<sup>28</sup> L’avvento di leggi c.d. decodificanti, avvenuto a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, nel dar luogo a molteplici microsystemi normativi, ha segnato l’emersione di una nuova stagione degli *status*, sia pure identificati alla stregua di termini differenti da quelli ereditata dalla tradizione, avendo contribuito a dissolvere l’idea del soggetto quale neutro destinatario di norme giuridiche, al contempo dando corpo ai fondamentali valori della persona così come emergenti a livello costituzionale

<sup>29</sup> Con precipuo riferimento all’esperienza inglese è interessante rilevare come secondo G. DREWRY, *Whatever happened to the Citizen’s Charter?*, in *Public Law*, 2002, 12, «*The Charter principles have become absorbed into the bloodstream of public services, and are taken largely for granted by both the producers and the users of those services*».

<sup>30</sup> La difficoltà di definire in termini unitari la posizione giuridica soggettiva dell’utente di fronte ai servizi pubblici è sottolineata da M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, fasc.3-4/2000, p. 383.

riferimento, quanto, piuttosto, un dilatarsi dei suoi contorni che ne hanno sfocato i tratti caratterizzanti»<sup>31</sup>.

Ciononostante, come rilevato<sup>32</sup>, l'idea del cittadino/utente di servizi pubblici come "consumatore" ha cominciato a porsi all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza con la l. 2 luglio 1998, n. 281, giungendo a definire una sorta di "bill of rights" dei consumatori nell'ordinamento nazionale.

Di certo, l'utente è persona fisica, come dichiarato dal legislatore del codice del consumo all'art. 3; la peculiarità di siffatta figura appare evidente specie ove la si consideri come portatrice di un interesse meritevole di tutela, connesso alla titolarità di diritti sociali di rango costituzionale<sup>33</sup>.

Anche sotto il profilo della tutela della concorrenza, cui già in precedenza si accennava, la differenza fra cittadino utente di servizi pubblici e consumatore viene in rilievo laddove, come sostenuto in dottrina, «mentre i consumatori si giovano della tutela della concorrenza solo indirettamente, perché il relativo interesse pubblico ha ad oggetto in via primaria i produttori in competizione, gli utenti invece [...] se ne giovano in via diretta, perché pur essendo il relativo interesse pubblico strumentale al perseguimento di quello alla efficiente (di buona qualità) ed economicità resa dei servizi, e anzi proprio per questo, la tutela della concorrenza si spiega, trova fondamento e ragion d'essere nella soddisfazione dei cittadini-utenti»<sup>34</sup>.

Per il resto, la figura sembra volgere le spalle al giurista e appare puntare con lui lo sguardo alla valutazione degli scopi del contratto quale atto di consumo. Lo stesso criterio dello scopo parrebbe suggerire ambiti soggettivi di indagine. A ben riflettere, vanno esclusi margini di opinabilità, restringendo lo spettro applicativo della disciplina a situazioni che evidenziano esigenze di

<sup>31</sup> In questi termini L. ROSSI CARLEO, *Il turista viaggiatore*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 1 giugno 2020, p. 629, la quale discorre della perdita di identità del consumatore nel dilatarsi della qualità soggettiva; per quanto attiene alla menzionata "segmentazione" nei contratti che riguardano i "clienti" nell'attività finanziaria, v. si M. RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario*, in *Contr. e imp.*, 2014, pp. 202 ss.

<sup>32</sup> R. RINALDI, *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, Padova 2011, p. 83. Interessanti le considerazioni di A.M. GAMBINO, *Vizi e virtù del diritto computazionale*, in *Riv. dell'informazione e della informatica*, fasc. 6, 1 dicembre 2019, p. 1173, secondo cui l'utente-consumatore, «[...] – ed è qui la seconda rivoluzione – in uno scenario tecnologicamente avanzato e attrezzato non è più un soggetto "passivo", che ascolta, guarda l'offerta, cerca, decide. È un soggetto che direttamente e indirettamente contribuisce ai processi che consentono alle imprese di attestarsi in una posizione di supremazia sul mercato».

<sup>33</sup> Cfr. S. MIRATE, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 1, 1 gennaio 2020, pp. 40 ss.

<sup>34</sup> G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La morfologia dell'interesse pubblico alla "tutela della concorrenza" nel campo dei servizi di pubblica utilità*, in E. FOLLIERI - L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in onore di Francesco Pugliese*, Napoli 2010, p. 57.

tutela portate dalla c.d. “informazione asimmetrica”<sup>35</sup>.

D'altronde, con precipuo riferimento al diritto europeo, è nota l'emersione di una più pregnante consapevolezza del ruolo della forma, evidentemente diversa per funzione dalla posizione più tradizionale cristallizzata dalle norme del codice civile e dalle posizioni più risalenti; in ossequio ai più moderni compiti di protezione di origine comunitaria<sup>36</sup>, il neo-formalismo è diretto a proteggere l'acquirente, contribuendo al raggiungimento dell'obiettivo di una sua maggiore informazione, documentando un contenuto contrattuale. In dottrina si è parlato di una “forma con funzione informativa”<sup>37</sup>, in grado di conferire incontestabilità e univocità ovvero capace di azzerare «la distanza tra informazione e manifestazione di volontà, tra informazione e promessa»<sup>38</sup>. Né può trascurarsi, in una prospettiva più ampia, che l'asimmetria informativa orienti varie pronunce che allargano i margini di tutela per l'utente, con una forte eco rispetto alla materia di cui all'art. 1341 del codice civile<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> «L'obbligo di rivelazione è imposto dal legislatore comunitario e nazionale per garantire una tutela adeguata della parte debole del rapporto che, nelle fasi delle trattative e soprattutto della formazione del contratto, deve determinarsi con piena consapevolezza alla stipulazione del contratto e, quindi, per superare l'asimmetria informativa tra le parti tipica dei contratti conclusi per adesione o tramite l'adozione di moduli e formulari» (L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano 2014, p. 297); G. MARCATAJÓ, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 754.

<sup>36</sup> Cfr. S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, Art. 1350, in *Il codice civile commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. BUSNELLI, Milano 2003, pp. 23 ss.; per vero, l'espressione è stata coniata nella dottrina francese (P. MOENECLAËY, *De la renaissance du formalisme dans le contrats en droit civil et commercial français*, Paris 1914, *passim*; ma di rinascita del formalismo discorrono anche MAZEAUD H., L. e J., *Leçons de droit civil*, t. XVII, 1, Paris 1978, pp. 59 ss. Per un quadro esaustivo della dottrina francese, tuttavia il rinvio è a P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1990, p. 17, nota n. 14) e successivamente mutuata dalla dottrina italiana (cfr. N. IRTI, *Idola libertatis, tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano 1985 pp. 34 ss.). Tuttavia, il c.d. neoformalismo non costituisce un mero recupero delle posizioni dottrinali meno recenti, atteso che il suo scopo, a differenza del passato, è rappresentato dalla tutela di soggetti ritenuti “deboli”. E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto*, Padova 2006; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma del nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395.

<sup>37</sup> In argomento si veda B. PASA, *Forma informativa*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino 2010, pp. 651 ss.; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa 2009; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano 2010.

<sup>38</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino 2017, pp. 51-243; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 233; ID., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2013, pp. 75 ss.

<sup>39</sup> Sull'assimilabilità delle previsioni della Carta dei servizi alle condizioni generali di contratto v. si G. CIAN, *Gli interventi dell'autorità regolatoria sul contratto*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, p. 327; *contra* si è si è evidenziata l'operatività del contenuto della Carta dei servizi

Orbene, scoprire l'identità della controparte del soggetto professionale richiede di rivolgersi, anche alla realtà economica sostanziale, rinvenendo una interpretazione oggettiva dei requisiti di operatività del codice del consumo grazie ad un giudizio *ex post* ed in concreto<sup>40</sup>.

Quanto al soggetto professionale, la figura non solleva particolari questioni giacché il legislatore si è adeguato alla terminologia di *common law* ed ha adottato l'espressione "professionista" nell'accezione lata di persona fisica o giuridica, pubblica<sup>41</sup> o privata, che agisce nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale, riconducibile al lemma inglese *professional*<sup>42</sup>.

prescindendo da qualsiasi indagine circa l'elemento soggettivo della conoscenza, conseguendo alla semplice pubblicazione del documento (M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amministrativo*, 1-2/2014, p. 376). Sulle carte dei servizi pubblici cfr. P. MARCONI, *La carta dei servizi pubblici e la Citizen's Charter. La normativa sulla carta dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 197; S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, *ivi*, 1998, p. 185; G. VESPERTINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini 1997; A. MASSERA, *Diritti degli utenti e regolazione della concorrenza: le carte dei servizi e le autorità indipendenti*, in D. SORACE (cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova 1998, pp. 40 ss.; R. BRIANI, *Le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi*, in A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, cit., pp. 279 ss.; F. GIGLIONI, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità della prestazione dei pubblici servizi*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 405; G. SBISÀ, *Natura e funzione delle "carte dei servizi". La carta del servizio elettrico*, in *Rass. giur. enel*, 1997, p. 343; S. CADEDDU, *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 695.

<sup>40</sup> «Il ripudio della concezione del consumatore come appartenente ad una specifica classe sociale ha suggerito l'abbandono delle letture più spiccatamente soggettivistiche per approdare invece ad una concezione oggettivistica orientata al sindacato in concreto dello scopo finale perseguito dalla controparte del professionista: ne è venuta una rivisitazione della normativa sul contratto del consumatore come disciplina dell'atto di consumo a prescindere dalla formale qualificazione soggettiva dei contraenti. Il dibattito sorto intorno alla nozione di consumatore ha anzi chiarito, pur tra notevoli contrasti, che sono determinanti a tal fine l'interesse concreto in vista del quale il contratto è concluso e la condizione di assenza di forza contrattuale nel singolo caso, sicché è legittimo considerare consumatore anche l'imprenditore individuale o il professionista mosso, nella stipulazione del contratto, dall'esigenza di appagare un bisogno di consumo» (in questi termini S. MAZZAMUTO, *Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente, il professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore ed il sovraindebitato/esdebitato*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 1 giugno 2020, p. 617).

<sup>41</sup> «La stessa Pubblica Amministrazione, pertanto, riveste la qualifica di professionista allorché, avvalendosi di un'organizzazione stabile, duratura e non occasionale, esercita una determinata attività professionale o imprenditoriale, sebbene non necessariamente finalizzata alla produzione di utili» (in questi termini P. STANZIONE, A. MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, cit., p. 25).

<sup>42</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente, il professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore ed il sovraindebitato/esdebitato*, cit., p. 617. In giurisprudenza v. si Cass. civ., 22 maggio 2006, n. 11933, in *Impresa*,

## Riflessioni su natura ed effetti delle carte dei servizi

A dispetto delle asimmetrie informative, capaci di limitare o alterare la libertà di scelta<sup>43</sup>, la disciplina del consumo di fonte UE ha costruito modelli di tutela, prevedendo forme di collaborazione degli utenti al corretto funzionamento del mercato<sup>44</sup>.

Si coglie agevolmente l'influenza inglese laddove si discorre di «*genuine commitment to more egalitarian structures of participation and consultation (with both employees and users of services) and self-accreditation*»<sup>45</sup>.

È indubbio, del resto, che l'ordine giuridico europeo abbia fatto perno sulle sfere d'interesse coinvolte nell'attività contrattuale delle imprese, consegnando

---

2006, n. 11, secondo cui «Perché ricorra la figura del “professionista” non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente – come si evince dalla parola “quadro” – che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza del giudice di pace che aveva ritenuto, nell'ambito di un contratto di utenza di apparecchio radiomobile, la pattuizione relativa al c.d. “anticipo conversazioni” non in contrasto con la disciplina dettata in tema di tutela del consumatore, in considerazione del fatto che il contratto era stato stipulato da soggetto non consumatore, quale deve considerarsi un avvocato che faccia uso della telefonia mobile anche per l'esercizio della sua attività professionale)». L'orientamento relativo alla riconducibilità alla sfera professionale degli atti posti in essere per scopi connessi all'attività esercitata trova solido riscontro anche in giurisprudenza più recente (v.si Cass. civ., 26 marzo 2019, n. 8419, in *Mass. Giust. civ.*, 2019), a tenore della quale: «[...] correlativamente devono essere considerati professionisti tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica sia privata, che utilizzino il contratto non necessariamente nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma per uno scopo connesso all'attività imprenditoriale o professionale. (Nella specie, la S.C. ha escluso la qualità di consumatore in capo ad una persona fisica che aveva commissionato ad una società, di cui egli era socio al 99%, lo studio di fattibilità di un “trust”, ritenendo determinante la stretta correlazione tra il patrimonio della società commissionaria ed i beni che sarebbero dovuti confluire nel “trust” medesimo)».

<sup>43</sup> Più in generale si osserva come l'eliminazione delle asimmetrie informative divenga il presupposto per attuare l'effettiva eguaglianza tra i protagonisti del mercato: P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 327 s.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra le regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 248 ss.; A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it), 2010, p. 6. Nel dettaglio, le asimmetrie informative non consentono al cittadino di scegliere in maniera consapevole, riducendo i benefici potenzialmente derivabili dalla piena attuazione di dinamiche concorrenziali (F. DI PORTO, *L'informazione come “oggetto” e come “strumento” di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pp. 975 ss.).

<sup>44</sup> In argomento v.si *amplius* G. ALPA, A. CATRICALÀ, (a cura di), *Il diritto dei consumatori*, Bologna 2016; D. DE GRAZIA, *sub. art. 101 Codice del consumo*, a cura di G. VETTORI, Milano 2007, p. 767.

<sup>45</sup> C. SCOTT, *Regulation inside government: re-badging the Citizen's Charter*, in *Public Law*, 1999, p. 602.

al diritto il compito «di provvedere alle regole per favorire quelle condizioni di efficienza e insieme di trasparenza, correttezza ed equità del mercato stesso», idonee a qualificarlo come istituzione di utilità sociale<sup>46</sup>.

Il cennato processo di integrazione ha richiesto, nel corso degli anni, interventi rilevanti, contribuendo all'introduzione, nel contesto nazionale, di una vera e propria legislazione di protezione, trasfusa *mutatis mutandis* nel codice del consumo.

Ed è proprio grazie a tale contesto che si sono sviluppate politiche dirette non già a collocare il cittadino nella veste di mero destinatario passivo di prestazioni erogate dallo Stato, bensì in quella di parte di un rapporto giuridico del tutto peculiare, intercorrente tra soggetti privati e mediato da un'autorità pubblica, dotata di una potestà autoritativa di parziale determinazione del contenuto delle prestazioni<sup>47</sup>. Alla dimensione dell'utente destinatario del servizio si sostituisce quella del cittadino titolare di diritti fondamentali, nella finalità di assicurare un migliore ed elevato livello di tutela<sup>48</sup>. È anzi dato di comune esperienza quello secondo cui la “soddisfazione” dipenderà in misura non indifferente dall'abbattimento del grado di opacità che ancora connota il *modus operandi* delle P.A.; sussiste, infatti, una strettissima correlazione tra grado di “compiacimento” e di “trasparenza” che si riesce a realizzare anche prima ed indipendentemente dall'instaurazione di un rapporto o di un “dialogo”<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano 2007, pp. 35 ss.; le dinamiche sottostanti alla politica europea degli ultimi anni rivelano la necessità di iniziative volte ad uniformare la legislazione degli Stati membri nell'ottica di proteggere taluni interessi economici ed il funzionamento efficiente del mercato unico, facilitando gli scambi al suo interno. Vale parimenti osservare come il mercato, nel suo complesso, non sia altro che un insieme di contratti – attuali o potenziali – governato dalle regole del diritto della concorrenza e non può negarsi che ogni intervento sui singoli contratti incida anche sulla sua struttura complessiva. Attenta dottrina (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso – Lineamento di una teoria*, Torino 1996, pp. 359 ss.) chiarisce come il mercato è insieme un risultato e una misura: per un verso è l'esito delle singole contrattazioni (non c'è mercato senza scambi, e quindi senza contratti), per altro verso è anche la misura delle singole contrattazioni (ogni trattativa s'intraprende sulla base delle condizioni di mercato). Cfr. altresì J.R. PERITZ, *Theory and fact in antitrust doctrine: summary judgment standards, single-brand aftermarkets and the clash of microeconomic models*, in *Antitrust Bull.*, 2000, p. 908.

<sup>47</sup> Per quanto attiene al ruolo rivestito dalle Autorità indipendenti in Gran Bretagna v. si T. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford 1997; M. MORAN, *The British Regulatory State. High modernism and hyper-innovation*, Oxford 2003.

<sup>48</sup> Giova segnalare, tuttavia, come sia preferibile intendere l'espressione “diritti fondamentali” in modo meno aulico, come “diritti essenziali”, in altri termini diritti che non possono essere violati senza adeguata sanzione (G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 998).

<sup>49</sup> S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica, Parte I, La Prassi e la pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4/2012, p. 669; E. CARLONI, *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp.



Simile razionalizzazione ha comportato la “trasformazione” dell’interfaccia del soggetto professionale da testimone ad attore del processo di fissazione degli standard qualitativi minimi e della successiva valutazione del loro rispetto, attraverso enti esponenziali dei suoi interessi<sup>50</sup>. È emersa, pertanto, la più matura consapevolezza che lega la protezione dell’utente al processo negoziale attivato da organismi sovraindividuali, capaci di incidere ed orientare le scelte<sup>51</sup>.

Le tendenze dell’azione amministrativa, già brevemente tratteggiate nel paragrafo precedente, si sono mosse sostanzialmente lungo due linee direttrici che possono sintetizzarsi con le espressioni *market oriented*, pensando al cittadino come “cliente” in ossequio ai principi della concorrenza, della competitività, della economicità e *citizen oriented*, considerandolo come persona nella sua proiezione sociale. Tali tratti evolutivi non rappresentano una dicotomia, anzi può affermarsi che abbiano trovato un momento di “osmosi” declinato nella direzione della c.d. *satisfaction* reciproca<sup>52</sup>.

806-807; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, fasc.1, 1 marzo 2017, pp. 65 ss.

<sup>50</sup> L’art. 101, comma 3, codice del consumo stabilisce che «agli utenti è garantita, attraverso forme rappresentative, la partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità previsti dalle leggi». Discorre di partecipazione di tipo simbolico M. CALABRÒ, *op. cit.*, p. 380; cfr. altresì C. ORREI, *Sub art. 101*, in *Commentario al codice del consumo, Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, cit., pp. 751 ss. Per quanto attiene ai processi di attuazione della Carta dei servizi in Italia v.si L. IEVA, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la “carta dei servizi”*, in *Foro amm.*, 2001, pp. 229 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002; C. SAN MAURO, *I nuovi strumenti di regolazione dei servizi pubblici: la Carta dei servizi pubblici e il contratto di servizio*, Santarcangelo di Romagna 2004.

<sup>51</sup> A tenore dell’art. 11, comma 1, d.lgs. 30.7.1999 n. 286 «I servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi». Siffatta previsione, se da un lato dimostra l’attenzione già presente nel nostro ordinamento verso forme collaborative nelle procedure di valutazione e di definizione degli standard, dall’altro non esclude forme di partecipazione individuale, che, di contro, non sembrano permesse dall’art. 101 codice del consumo. Sintomo quest’ultimo della evoluta maturità raggiunta dal nostro legislatore convinto appunto che soltanto gli enti esponenziali legittimati siano capaci di incidere utilmente.

<sup>52</sup> E. CECCHERINI, *Carta dei servizi ed indennizzo*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, V, I singoli danni*, a cura di P. CENDON, Torino 2005, p. 468. Paradigmatiche di tale stagione di riforme sono le parole di D. BIAGIO, *La fine del dogma dell’irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, in *Foro amm.*, 1999, p. 2007, «Nessuno può negare quanto è stato radicale il mutamento nei rapporti tra p.a. e cittadini, nessuno può negare quanto è stato grande il rafforzamento della difesa di questi ultimi, nei momenti in cui entrano in contatto con i poteri pubblici e con quei soggetti che un tempo avevano natura pubblica e ora ne sono sprovvisti. Le forme partecipative, introdotte dalla legge sulle autonomie locali e di recente rafforzate, le norme in tema di procedimento, il diritto di accesso, la liberalizzazione di attività private [...], la difesa dei consumatori ed uten-

Orbene, lo strumento – sia contrattuale che informativo – della carta dei servizi, prima di essere introdotto nel nostro ordinamento, ha avuto grande diffusione in altri Paesi<sup>53</sup>: è qui sufficiente rimarcare, in una prospettiva compatibile con l'economia del presente lavoro, l'influenza esercitata dalla *Citizen's Charter* inglese del 1991<sup>54</sup>, dalla *Charte des services publics* francese del 1992, dal *Government Performance and Results Act* statunitense del 1993, ma anche dal *Plan Modernización de la Administración del Estado* (1992).

In Italia, l'introduzione della Carta dei servizi<sup>55</sup> è da ricondurre alla direttiva<sup>56</sup> del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994 (Principi sull'erogazione dei servizi pubblici)<sup>57</sup>, la quale – sebbene risalente – mostra ancora

---

ti sono solo la parte più celebrata di un processo riformatore che, mirando alla efficienza e alla efficacia dell'azione amministrativa, tende maggiormente a tutelare il cittadino in forma singola o associata. È una filosofia che, oramai, permea l'intero assetto legislativo, andando oltre le affermazioni di principio, per tradursi in realtà quotidiana».

<sup>53</sup> S. CASSESE, *Aggiornamenti sulla riforma amministrativa negli Stati Uniti d'America, nel Regno Unito e in Francia*, in *Corr. giur.*, 1994, pp. 1029 ss.; J. CHANDLER, *The Citizen's Charter*, Dartmouth 1996.

<sup>54</sup> Cfr. C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, III ed., Cambridge 2009, p. 58, il quale discorre di un istituto superato, ma nel senso del sostanziale raggiungimento degli obiettivi prefissati.

<sup>55</sup> La Carta dei Servizi è il documento con il quale gli enti erogatori di servizi assumono impegni nei confronti della propria utenza riguardo i propri servizi, le modalità di erogazione di questi servizi, gli standard di qualità e informa l'utente sulle modalità di tutela previste. La Carta dei servizi come strumento di tutela per i cittadini è stata introdotta con la Direttiva del presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici". Successivamente, con d.l. n.163 del 12 maggio 1995 convertito nella legge n. 273 dell'11 luglio 1995 "Misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti amministrativi e per il miglioramento dell'efficienza delle P.A." è stata dettata la disciplina procedurale per il miglioramento della qualità dei servizi, demandando al Presidente del Consiglio dei Ministri di fissare, con proprio provvedimento, gli schemi generali di riferimento delle relative carte.

Nella Carta dei Servizi l'Ente dichiara quali servizi intende erogare, le modalità e gli standard di qualità che intende garantire e si impegna a rispettare determinati standard qualitativi e quantitativi, con l'intento di monitorare e migliorare la qualità del servizio offerto.

<sup>56</sup> Recante disposizioni in merito ai "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici", pubblicata nella G.U. 22 febbraio 1994, n. 43.

<sup>57</sup> La direttiva non è andata esente da critiche relative per lo più alla portata non precettiva della stessa; ne denunciavano le carenze di settore, limitandosi ad una disciplina della carta dei servizi di carattere generale G. SCIULLO, *Profili della direttiva 27 gennaio 1994 (Principi sull'erogazione dei servizi pubblici)*, in *Dir. economia*, 1/1996, pp. 47 ss.; L. IEVA, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico*, Milano 2002, pp. 114 ss. Sul tema v.si anche A.M. BENEDETTI, *Utenti e servizi pubblici locali nel codice del consumo: belle proclamazioni e poca effettività?*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 463; S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, p. 237. Vale poi segnalare come la normativa generale di riferimento sia stata in seguito integrata: dalla l. 11 luglio 1995, n. 273 (quanto ai principi oggetto di espresso richiamo nella l. 273/1995 – eguaglianza dei diritti degli utenti,



pregio, adattandosi al mercato concorrenziale<sup>58</sup>, come ad esempio quello delle telecomunicazioni<sup>59</sup>.

Vengono così individuati i principi cui deve essere uniformata progressivamente l'erogazione dei servizi pubblici, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione o altro titolo abilitativo.

Risulta evidente la volontà di sviluppare il processo di riforma complessiva della pubblica amministrazione, ove sono riscontrabili rilevanti interessi della collettività, di particolare valore sociale; in materia “carta dei servizi”; *la ratio* risiedeva, almeno in origine, nel costituire una sorta di “*moral suasion*”, in grado di stimolare le amministrazioni erogatrici ad adottare iniziative funzionali per la modernizzazione delle strutture ed il miglioramento qualitativo delle prestazioni.

Il D.P.C.M. ha in sostanza sottratto la determinazione dei livelli qualitativi dei contenuti dei servizi alla potestà decisionale unilaterale dell'ente erogatore (pubblico o privato), che talora si è manifestata in forma arbitraria. L'obiettivo, quindi, è stato quello di ricondurre la definizione di parametri, di contenuti, di obblighi e di diritti, concernenti l'attività di erogazione del servizio, ad un rapporto “dialogico” di confronto tra ente e destinatari, in grado di meglio modulare le rispettive posizioni, con beneficio di entrambe le parti<sup>60</sup>.

In quest'ottica, la carta dei servizi ha contribuito a specificare, in concreto, la prestazione, non più consistente in una “performance” indeterminata ed in-

---

imparzialità dei soggetti erogatori, continuità dell'erogazione del servizio, partecipazione alla prestazione del servizio, efficienza ed efficacia del servizio – si è precisato che essi possono ricevere diretta applicazione da parte degli organi dell'autorità giudiziaria, a prescindere dalla concreta adozione nelle carte dei servizi, rappresentando “principi generali dell'ordinamento giuridico immediatamente operanti in materia di servizi pubblici”; cfr. G. SBISÀ, *op. cit.*, p. 336); dall'art. 11 del d.lg. n. 286/1999; dall'art. 2, co. 461 della l. n. 244/2007; dall'art. 30, co. 1 della l. 18 giugno 2009, n. 69 ed ancora dagli artt. 8 e 36 del d.l. n. 1/2012, convertito nella legge n. 27 del 24 marzo 2012.

<sup>58</sup> Sul problema della rilevanza giuridica della nozione di concorrenza v.si *amplius* G. GUGLIEMETTI - G. GUGLIEMETTI, *voce Concorrenza*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. commerciale*, Torino 1987, ristampa 2007, pp. 301 ss.; cfr. anche H-W. MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa. La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolazione*, EUI Working Papers, Department of Law, 2010, disponibile in <http://cadmus.eui.eu/>.

<sup>59</sup> In argomento v.si la disciplina legislativa settoriale d.lgs. dell'1 agosto 2003, n. 259, c.d. codice delle comunicazioni elettroniche; nonché la direttiva UE del Parlamento e del Consiglio 2018/1972 (che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche), la quale dovrà essere recepita dagli stati membri entro dicembre 2020, volta a disciplinare l'attività degli operatori del mercato alla luce degli interessi in gioco e della rilevanza di beni e servizi oggetto di scambi.

<sup>60</sup> Un sistema siffatto, tuttavia, se da un lato ha escluso il pericolo di carte di servizi quali veicoli promozionali dell'immagine aziendale piuttosto che effettivi strumenti di garanzia (F. GIGLIONI, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, cit., p. 409), dall'altro ha alimentato il rischio della indeterminatezza ed astrattezza degli standard (S. CAEDDU, *op. cit.*, p. 731).

definita, ma al contrario precisa ed oggettivamente valutabile<sup>61</sup>.

Tanto ha comprensibilmente spinto la dottrina ad interrogarsi sulla natura giuridica da riconoscere all'istituto<sup>62</sup>, muovendo dall'assimilabilità delle previsioni della Carta alle condizioni generali di contratto *ex art.* 1341 c.c.<sup>63</sup>, ora a clausole speciali *ex art.* 1339 c.c.<sup>64</sup>, ora ad obbligazioni unilaterali assunte dai soggetti erogatori a garanzia del corretto svolgimento del rapporto, ora a promesse al pubblico *ex art.* 1989 c.c.<sup>65</sup>.

Orbene, se si condivide la posizione secondo cui non è possibile ricostruire una posizione giuridica unitaria in capo all'utente, attesa la non uniforme qualificazione delle relative fonti di regolazione<sup>66</sup>, la Carta dei servizi costituisce innanzitutto un documento a carattere ricognitivo di quelle situazioni giuridiche soggettive che configurano il "nocciolo minimo" (essenziale) dei diritti dell'utente; di converso, nell'eventualità in cui siano indicati standard prestazionali diversi da quelli etero-imposti, quindi tesi a garantire un servizio quantitativamente e qualitativamente migliore, deve concludersi che la Carta rappresenti autonome situazioni giuridiche soggettive<sup>67</sup>, configurabili, per l'appunto, come promesse al pubblico *ex art.* 1989 c.c. e ss.

<sup>61</sup> F. DI PORTO, *op. cit.*, pp. 975 ss., evidenza come «il grande limite di questo strumento è rappresentato dal fatto che gli standard qualitativi sono autodefiniti dagli operatori e aggiornati di rado; inoltre il mancato raggiungimento degli standard non assume rilevanza giuridica».

<sup>62</sup> R. DE BONIS, in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di G. ALPA, Rossi Carleo, Napoli 2005, p. 669; F. PUGLIESE, *Le Carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, cit., 1995, p. 240; V. ROSSI, *La carta dei servizi pubblici*, cit., p. 133; v. si anche la posizione di chi, rimarcando la natura di "patto reale" tra ente erogatore dei servizi ed utente, segnala proprio la necessità implicita di attivare canali di comunicazione e scambio tra gli stessi (M. CIRCI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 8/1998, pp. 790 ss.).

<sup>63</sup> G. CIAN, *op. cit.*, p. 327; P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro amm. TAR*, 7-8/2005, p. 2652.

<sup>64</sup> F. PUGLIESE, *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, cit., p. 240; G. DELLA CANANEA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 738; L. DE LUCIA, *op. cit.*, *passim*; C. SAN MAURO, *I nuovi strumenti di regolazione dei servizi pubblici: la Carta dei servizi pubblici e il contratto di servizio*, Santarcangelo di Romagna 2004.

<sup>65</sup> G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico. La disciplina dei servizi pubblici. L'organizzazione dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 1998, p. 935.

<sup>66</sup> G. NAPOLITANO, *Contro la retorica dell'utente*, in F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino 2004, pp. 53 ss.; ID., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005.

<sup>67</sup> M. SAVINO, *Le riforme amministrative in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 458; ID., *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2015, pp. 641 ss.

Ciò detto, per i servizi erogati da privati (in concessione, convenzione o comunque abilitati), il rispetto dei principi del D.P.C.M. viene assicurato dalle amministrazioni pubbliche, in via indiretta, nell'esercizio dei loro poteri di direzione, controllo e vigilanza. In particolare, le pubbliche amministrazioni competenti hanno dovuto adeguarsi ai contenuti del decreto negli atti quali la licenza o l'autorizzazione.

Viceversa, le Autorità amministrative indipendenti – ai sensi dell'art. 2, comma 12, lettera h), della legge 14 novembre 1995, n. 481 – hanno la facoltà di emanare le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi<sup>68</sup>. Le predette Autorità hanno poi prodotto “linee guida” per l'emanazione di carte dei servizi<sup>69</sup>, predisponendo anche le definizioni da contemplare nelle carte dei fornitori da parte degli imprenditori e delle società esercenti servizi pubblici essenziali<sup>70</sup>, includendoci opportune misure a tutela dei diritti fondamentali degli utenti, nonché i principi cui uniformare l'erogazione dei servizi in generale, al fine di: a) riaffermare la garanzia della libertà e dei diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione; b) conseguire un livello elevato di protezione dei consumatori, come previsto dall'art. 129 A, lett. b), Titolo XI del Trattato istitutivo della comunità europea modificato dal Trattato di Maastricht<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Nello specifico, l'art. 2, co. 12, lett. h) della l. n. 481/1995 stabilisce che ciascuna Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità «emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori». In attuazione di tale disposizione, l'Autorità per l'Energia elettrica e il gas ha periodicamente emanato direttive contenenti gli standard relativi alla qualità dei servizi di trasmissione.

<sup>69</sup> In merito a tale ultimo profilo, l'apertura “democratica” delle autorità è stata talvolta criticata in quanto mera concessione formale ad un modo partecipato di fare regolamentazione, al quale però non è corrisposto nei fatti un'apertura sostanziale (F. GHEZZI, G.D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. delle soc.*, 6/2015, pp. 1196 ss.

<sup>70</sup> Tali sono quei servizi che – secondo un criterio teleologico – sono finalizzati al godimento dei diritti della persona costituzionalmente rilevanti. *Ex amplius*, v.si M. MAGNANI, voce *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, 2007, p. 7; G. SANTORO PASSARELLI, *Il contemperamento del diritto di sciopero con i diritti della persona costituzionalmente garantiti nei servizi pubblici essenziali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3/2019, p. 751; M. GRANDI, *Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/1999, pp. 272 ss.

<sup>71</sup> «La Comunità contribuisce al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante [...] azioni specifiche [...] al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata» poi divenuto Titolo XIV art. 153 Trattato di Amsterdam. In argomento v.si G. ALPA, *I contratti del consumatore*, Milano 2014, p. 27; S. WEATHERILL, *E.C. Consumer Law and policy*, London-NewYork

In tal modo, le linee guida divengono la chiave di volta del sistema, in cui agevolmente si potrà avere conoscenza dei propri diritti e delle proprie prerogative. Parimenti i fornitori avranno a disposizione parametri chiari su cui basare la stesura delle carte dei servizi di ciascuna attività, le quali andranno inviate alle Autorità amministrative competenti con almeno un mese di anticipo rispetto alla divulgazione al pubblico.

Le linee guida si configurano, pertanto, come veicolo di adeguamento preventivo delle carte dei servizi al mutato scenario di liberalizzazione, che vede gli utenti e le loro associazioni protagonisti nell'erogazione dei servizi pubblici essenziali, senza trascurare la valenza successiva nell'ambito dell'attività di vigilanza o di risoluzione delle controversie da parte di ciascuna Autorità o Amministrazione centrale.

Né può poi tacersi dell'obbligo di assicurare chiaramente agli utenti gli impegni che sono assunti in materia di qualità dei servizi<sup>72</sup> resi, e ciò anche mediante la previsione di indennizzi in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi fissati preventivamente.

È previsto altresì che mediante successive direttive, da parte delle Autorità amministrative indipendenti, dovranno essere fissati gli indicatori di qualità dei servizi, la loro definizione, i metodi per misurarli. Tanto nell'ottica di: a) assicurare un livello minimo di confrontabilità tra le offerte dei vari fornitori a beneficio degli utenti; b) consentire alle Autorità amministrative di semplificare la raccolta e l'accorpamento delle rilevazioni statistiche da inviare periodicamente agli organismi internazionali; c) consentire di assolvere meglio alla funzione di pubblicizzare e diffondere la conoscenza delle condizioni di svolgimento dei servizi, al fine di garantire la massima trasparenza<sup>73</sup>, la concorrenzialità nell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti intermedi o finali<sup>74</sup>.

1997; G. HOWELLS, *Consumer Contract Legislation*, Glasgow 1995; V. KENDALL, *E.C. Consumer Law*, London 1995; F. SNYDER, *New Directions in E.C. Law*, London 1990.

<sup>72</sup> A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, cit., *passim*; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo III, Milano 2003.

<sup>73</sup> Per certo è incontrovertibile che il "principio di trasparenza" nell'atto conclusivo di tutto il processo economico sia la strategia di tutela seguita sia all'interno del diritto civile contrattuale europeo, sia nel settorialismo di singoli interventi normativi. La c.d. trasparenza contrattuale nei rapporti *business to consumer* viene a costituire il principio cardine alla cui affermazione contribuisce anche la prescrizione della forma, che «non è solo rigida documentazione, ma che diventa rappresentazione analitica, chiara e precisa, del contenuto che si formalizza» (cfr. D. MEMMO, *Sub art. 5*, in *Codice ipertestuale del consumo*, diretto da M. FRANZONI, Torino 2008, p. 30).

<sup>74</sup> Nel percorso ricostruttivo degli interventi legislativi in argomento è interessante rilevare che l'art. 11 del d.lgs. 30 luglio 1999 n. 286, recante "Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59", faccia precipuo riferimento ai servizi pubblici locali. La dottrina ha criticato la

Profili concreti che non possono ridursi a mere presentazioni pubblicitarie del servizio offerto, ma che debbono al contrario concretarsi in una elencazione puntuale degli obblighi dell' esercente verso l'utente e dei rimedi predisposti a favore di quest'ultimo per il caso in cui il servizio si palesi come qualitativamente inferiore a quello fissato.

### Caratteristiche della qualità dei servizi

In via di approfondimento alla tematica, va chiarito come la qualità – seppur parametro essenzialmente estraneo al precipitato codicistico sui contratti di servizi – sia nozione conosciuta, in qualche misura, nei contratti di scambio: «sia direttamente, là dove è dettata una disciplina specifica, nell'ambito della vendita, per le qualità promesse; sia indirettamente, là dove sono dettate regole puntuali per singole figure, come la vendita a prova o la vendita su campione»<sup>75</sup>.

In una prospettiva più ampia può dirsi che la tutela della qualità sia divenuta, sempre di più, tema centrale nel dibattito giuridico, nonostante la polivalenza del concetto, difficilmente incasellabile in una definizione univoca<sup>76</sup>.

Tanto rilevato, è d'uopo soffermarsi sulla differenza tra fattori, indicatori e standard di qualità, termine quest'ultimo, mutuato dal sistema anglosassone della *Citizen's Charter*<sup>77</sup>, cui si sono ispirate molte delle esperienze ordinamentali europee, il quale indica un elemento che determina appunto la qualità di un servizio.

---

sottovalutazione della capacità di rendere effettiva la tutela del consumatore-utente da parte delle fonti normative locali, quale mancata valorizzazione del principio di sussidiarietà (cfr. G. BOTTINO, in AA. VV., *Codice del consumo, Commento al D.lgs. 6 settembre 2005*, n. 206, Milano 2006, p. 763).

<sup>75</sup> Cfr. F. PADOVINI, *op. cit.*, pp. 2190 ss.; sull'incessante evoluzione legislativa, dottrinale e giurisprudenziale che ha caratterizzato la vendita v.si *amplius* P. STANZIONE, *Presentazione*, in A. MUSIO - F. NADDEO (a cura di), *La compravendita*, Padova 2008, p. VII, a tenore del quale «[...] in un avvicinamento meramente teorico, la compravendita potrebbe sembrare uno schema contrattuale unitario, tuttavia, ad una più attenta analisi, che tenga altresì conto della realtà concreta, essa si frantuma in una pluralità di sottotipi sorti dalla necessità di assecondare le istanze commerciali e regolati da differenti statuti».

<sup>76</sup> V. VIGNOLO, *Servizi pubblici*, in *I contratti del consumatore*, cit., p. 1272, la quale chiarisce: «per quanto concerne la qualità del servizio, non esiste una definizione generale di "qualità": gli obiettivi qualitativi variano da settore a settore, in base alle loro caratteristiche». In tutti i casi, per quanto attiene all'esigenza di dare attuazione al principio della "qualità delle prestazioni", nell'ambito del complesso universo dei servizi pubblici, v.si Comunicazione della Commissione su *Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa* del 20 dicembre 2011, COM (2011) 900.

<sup>77</sup> Per quanto attiene all'introduzione della *Citizen's Charter* nel Regno Unito, emanata dal Primo Ministro, John Major, il 22 luglio 1991, v.si A. BARRON, C. SCOTT, *The Citizen's Charter programme*, in *Modern Law Review*, 1992, pp. 526 ss.; I AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, Oxford 1992; N. LEWIS, *The Citizen's Charter and next steps: a new way of governing*, in *Political Quarterly*, 1993, pp. 316 ss.

Invero, l'esperienza inglese è risultata particolarmente efficace, in quanto – piuttosto che correre il “pericolo” di stravolgere il ruolo della “Carta”, predefinendo valori particolarmente rigorosi in via amministrativa, ha preferito optare per una tendenziale etero-regolamentazione al momento della prima introduzione dell'istituto, per poi “aprire” a percorsi di “*bottom-up*”, una volta acquisita la piena “coscienza” dell'istituto.

In altri termini, è stato fornito dapprima un modello prestazionale generale da seguire nel rapporto di utenza<sup>78</sup>, per riconoscere solo successivamente una più ampia autonomia nella definizione dei livelli di qualità del servizio attraverso momenti partecipativi nell'aggiornamento periodico dei documenti<sup>79</sup>.

Tuttavia, se meritorio è apparso il percorso di coinvolgimento effettivo degli utenti, non poche sono state le critiche relative alle procedure previste nell'eventualità di mancato rispetto degli standard<sup>80</sup>; tanto è stato spiegato ora in ragione della già efficace protezione offerta dall'*ombudsman*, dotato di un ampio margine di intervento nella valutazione degli standard indicati nelle Carte<sup>81</sup>, ora in considerazione dell'istituzione di autorità di regolazione operanti nei singoli settori dei servizi pubblici, non di rado con funzioni anche di risoluzione delle controversie tra utenti e gestori<sup>82</sup>.

In tutti i casi, di là da ogni ulteriore digressione sul punto, e così tornando

<sup>78</sup> Il rapporto di utenza ha ormai assunto definitivamente la fisionomia di una relazione di mercato, affidata all'autonomia privata e garantita dalla regolazione pubblica di Autorità indipendenti (G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., pp. 145 ss.).

<sup>79</sup> In argomento v.si *amplius* M. CALABRÒ, *op. cit.*, p. 387.

<sup>80</sup> J. WILSON, *Charters and public service performance*, in J. WILSON, *Managing public service: dealing with dogma*, London 1995. In Italia, a favore di un *ombudsman* competente a combattere le fattispecie di *maladministration* delle amministrazioni statali v.si C. MORTATI, (a cura di), *L'Ombudsman (difensore civico)*, Torino 1974.

<sup>81</sup> C. GILL, *Right first time: the role of ombudsmen in influencing administrative decision-making*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2011, pp. 181 ss. Sulla diversa figura del difensore civico in Italia v.si per la giurisprudenza TAR Roma, (Lazio) Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139, in *Foro amm. TAR 2009*, 1, 108, ove può leggersi «La figura del Difensore Civico non è pienamente riconducibile né a quella di organo di governo né a quella di organo pienamente amministrativo, ma è riconducibile alla definizione fatta propria dall'art. 11 del t.u. degli Enti Locali, di supremo garante dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'agire dell'Ente nel quale viene nominato, cogliendosi eloquenti sintomi che lo conducono ad identificarsi quale una authority. L'indipendenza dell'organo ha duplice espressione: per un verso perché il soggetto è eletto in base alla garanzia di indipendenza che offrono la sua preparazione ed esperienza, e per altro verso la posizione di indipendenza che gli è anche propriamente garantita dai limiti che l'ordinamento pone alla cessazione della carica prima della sua naturale scadenza»; in dottrina tra i tanti cfr. V. ITALIA, *Il difensore civico e lo statuto dell'Ente locale*, in *Foro amm. TAR*, 1/2009, p. 126, secondo cui «Il difensore civico, diversamente considerato nei singoli ordinamenti (della Svezia nel 1809 sino alla Spagna nel 1978) ha due caratteristiche di fondo, e cioè l'imparzialità e l'indipendenza, e queste caratteristiche sono state precisate nell'articolo 11 del d.lg. 267/2000».

<sup>82</sup> M. MORAN, *op. cit.*, *passim*.



alla “qualità” del servizio da offrire all’utente<sup>83</sup>, in un contesto comprensibilmente mutato, anche attraverso l’introduzione di modelli di verifica di parametri di tipo efficientistico, occorre rimarcare come i fattori possano essere oggettivi (qualitativi o quantitativi), o soggettivi, rilevabili cioè solo attraverso la raccolta della percezione dell’utenza. Gli indicatori sono variabili quantitative o parametri qualitativi che registrano un certo fenomeno, ritenuto appunto “*indicatium*” di un fattore di qualità. Uno standard di qualità (che può essere generale o specifico) è un valore atteso per un certo indicatore<sup>84</sup>.

Gli “standard generali” rappresentano obiettivi di qualità che si riferiscono al complesso delle prestazioni rese e sono espressi di regola da valori medi statistici degli indicatori. Gli “standard specifici” si riferiscono, invece, a ciascuna delle singole prestazioni rese all’utente, che può verificarne direttamente il rispetto, e sono espressi in genere da una soglia massima o minima relativa ai valori che l’indicatore può assumere<sup>85</sup>.

Per molti servizi postali, fattori, indicatori e metodi di misurazione o rilevamento sono oggetto di normalizzazione internazionale, in particolare da parte dell’UNI o ISO<sup>86</sup>. La metodologia per la determinazione dei fattori, indicatori

<sup>83</sup> Cons. Stato, 5 aprile 2006, n. 1769, in *Giornale dir. amm.*, 6/2006, p. 647, secondo cui «la carta dei servizi si colloca da sempre nell’ambito degli strumenti di tutela degli utenti dei servizi pubblici connotati dalla loro particolare rilevanza pubblicistica, poiché sin dalla loro prima introduzione, riconducibile al D.P.C.M. 27.1.1994, essa è stata concepita come un istituto volto a stimolare progressivamente le amministrazioni erogatrici di servizi pubblici, ad adottare iniziative finalizzate alla modernizzazione delle strutture, ed, in particolare, al miglioramento dei livelli qualitativi delle prestazioni. La carta dei servizi consente di fissare, in via preventiva, parametri qualitativi dei servizi pubblici per assicurare all’utente – proprio in ragione della loro particolare rilevanza sociale e delle esigenze di monitoraggio e controllo richieste dal processo di privatizzazione/affidamento a privati dei servizi – adeguati livelli prestazionali dei servizi stessi».

<sup>84</sup> G. MESIRCA, *Le condizioni generali dei contratti della Pubblica Amministrazione e dei contratti di pubblica utilità*, in P. CENDON (a cura di), *I contratti in generale*, IV, tomo primo, Torino 2001 (ristampa 2005), pp. 117 ss.; E.M. TRIPODI, *Sub art. 101 Codice del consumo. Commentario del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Dogana (Repubblica di San Marino) 2006, p. 428, precisa che uno standard quantitativo si dice “specifico” quando è riferito alla singola prestazione resa ed è espresso da una soglia minima o massima e può essere verificato dal singolo utente; è, viceversa, “generale” quando è espresso da un valore medio riferito al complesso delle prestazioni relative al medesimo indicatore.

<sup>85</sup> Con riferimento al perseguimento di elevati standard di qualità C. WILLIAMSON, *Whose standards? Consumer and professional standards in healthcare*, Buckingham 1992, p. 145, discorre di «*changing knowledge, increased sensibility, shifts in power and new perceptions in interests*».

<sup>86</sup> È interessante sottolineare in una prospettiva generale come la certificazione volontaria sia essenzialmente frutto dell’autonomia, la quale costruisce i soggetti certificatori e dà concretezza agli standard destinati a fungere da parametro, trovando nel mercato il primo momento di riscontro, pur se da tempo la prassi tecnica e l’evoluzione internazionale fanno sì che ISO (*International Organization for Standardization*) a livello mondiale, CEN a

e standard di qualità può essere effettuata per punti: a) analisi dell'esperienza dell'utente; b) individuazione dei fattori di qualità; c) strutturazione del passaggio dai fattori agli indicatori di qualità; d) determinazione degli standard; e) verifica dei risultati; f) aggiornamento degli standard.

Nello specifico, il punto d) costituisce un momento importante nella struttura metodologica; i fattori di qualità devono essere trasformati in indicatori di qualità, cioè in variabili quantitative o in parametri qualitativi che indicano, inequivocabilmente ed in modo misurabile, la qualità nel realizzare un determinato fattore riferito ad uno specifico servizio, tenendo conto delle seguenti fasi: a) l'accesso, riguardante la sottoscrizione al servizio, comprende la raccolta di informazioni, i contatti con il venditore, la stipulazione di un contratto e l'effettiva fornitura da parte del gestore. Vi è poi b) l'utilizzo, vale a dire la totalità dei rapporti che intercorrono tra utente e fornitore nell'intero arco di tempo in cui si ha la disponibilità del servizio. Si devono considerare, tra l'altro, i rapporti a livello amministrativo e la gestione di eventuali malfunzionamenti; c) la rinuncia: concernente le operazioni da eseguire da parte dell'utente nel momento in cui decida di non avvalersi più del servizio che ha utilizzato (recesso dal contratto di fornitura).

Per quanto attiene più analiticamente al "servizio", l'ambito si sposta dal singolo alla totalità degli utenti, comprendendo tutte le attività legate alla fornitura, partendo dalla sua ideazione e realizzazione pratica fino ad arrivare alla sua dismissione.

I tre momenti che si possono individuare sono: a) la fornitura, che comprende tutte le attività di ideazione, progettazione e realizzazione pratica. Al termine di questa fase devono essere disponibili le infrastrutture di rete necessarie per la sua diffusione commerciale; b) l'esercizio, in cui il gestore procede alla vendita ai clienti e nel contempo esegue tutte quelle operazioni di manutenzione necessarie per la fruizione del servizio o per allargare la base d'utenza; c) la dismissione, laddove diventi obsoleto o non più remunerativo, in siffatta evenienza è rimessa al gestore la facoltà di cessarne l'erogazione<sup>87</sup>.

### **Il d.l. liberalizzazioni: un radicale ripensamento delle modalità di soddisfazione dei bisogni dei cittadini**

Con l'art. 8 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito nella legge 24 marzo 2012 n. 27, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", disciplina fortemente innovativa in quanto volta

---

livello europeo ed UNI (Ente Nazionale Italiano di Unificazione) a livello italiano abbiano conquistato una supremazia nella sostanza incontrastata.

<sup>87</sup> Cons. Stato, ad. plenaria, (ordinanza) 30 marzo 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, I/2000, pp. 767 ss. Il pronunciamento, sull'ambito del concetto di pubblico servizio ai sensi dell'art. 33, ha accolto la concezione più ampia possibile della nozione.



a chiarire il ruolo delle carte nel contesto dell'erogazione dei servizi pubblici, nazionali e locali, economici e non economici, viene fissato il carattere vincolante dell'istituto, laddove è contemplata la necessità di definire gli "obblighi" cui i gestori dei pubblici servizi debbono attenersi.

Ne consegue che la carta dei servizi non può essere una raccolta di clausole di stile o di vuote formule attraverso cui "fare" *marketing*; essa deve invece porsi come fonte di regole cogenti, articolate in modo chiaro e preciso, dalle quali discendono tanto obblighi e relative sanzioni in caso di inosservanza, quanto diritti in capo ai soggetti tutelati.

Ecco, perché, al fine di offrire protezione ai consumatori e agli utenti dei servizi pubblici locali e garantire qualità, universalità<sup>88</sup> ed economicità delle relative prestazioni<sup>89</sup>, le carte – nello stabilire i doveri cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali, o di un'infrastruttura necessaria per l'esercizio di attività di impresa o per l'esercizio di un diritto della persona costituzionalmente garantito – indicano con non trascurabile grado di precisione i diritti, anche di natura risarcitoria, degli utenti.

Appare innegabile la forza dissuasiva o comunque di deterrenza degli indennizzi automatici che, in caso di un perdurante stato di inadeguatezza del servizio, potrebbero determinare ingenti esborsi di danaro, esonerando l'utente dalla prova del danno così come è previsto per la clausola penale (art. 1382 c.c.)<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> «L'universalità della prestazione può essere definita come un obiettivo sociale imposto, sotto forma, appunto, di obbligo di servizio universale, nell'ambito del passaggio dai regimi speciali del servizio pubblico alla disciplina di diritto comune. In un contesto di progressiva liberalizzazione, infatti, un obbligo di servizio universale dovrebbe garantire che tutte le persone all'interno dell'Unione europea abbiano accesso al servizio ad un prezzo accessibile e che la qualità del servizio sia mantenuta e, eventualmente, migliorata» (V. VIGNOLO, *op. cit.*, p. 1271).

<sup>89</sup> L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetto, atto, attività, enforcement*, Torino 2016; P. ZIVIZ, *Lezioni di diritto del consumo*, Padova 2013.

<sup>90</sup> La conferma che la rotta interpretativa è sicura viene da una risalente pronuncia sul tema, antesignana della giurisprudenza in argomento: «Gli indennizzi forfettari per i disservizi del concessionario telefonico agevolano l'utente che riceverà ristoro per il disservizio sulla base della semplice constatazione di quest'ultimo, senza la necessità di provare il danno. Rimane salva la generale responsabilità per inadempimento del concessionario, azionabile sulla base della disciplina civilistica, in sede giurisdizionale» (Cons. Stato, ad. gen., 15 dicembre 1994, n. 273, in *Foro amm.*, 1998, p. 1140); vale altresì sottolineare la posizione di chi vede nell'indennizzo automatico una sorta di sanzione amministrativa, applicata prescindendo dal danno effettivo (cfr. L. IEVA, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico*, cit., p. 137). Anche se, sotto questo profilo, è chiaro che la sanzione pecuniaria non è destinata all'autorità che la ha comminata, bensì all'utente. Interessante risulta anche il recente pronunciamento della giurisprudenza di merito (Trib. Frosinone, 29 aprile 2020, n. 326, in *Red. Giuffrè (banche dati de jure)*, 2020, a tenore della quale «L'indennizzo automatico previsto all'utente di servizi telefonici va richiesto all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom) e

Come anticipato, un ruolo decisivo è svolto dalle Autorità indipendenti e per vero da ogni altro ente pubblico dotato di competenze di regolazione sui servizi pubblici, anche locali, che determinano tali diritti, facendo salve le ulteriori garanzie, definite autonomamente dalle società che gestiscono il servizio o l'infrastruttura. Tale attribuzione trova la sua *ratio* nella competenza che le Autorità amministrative indipendenti avrebbero nel districarsi tra le norme tecniche di settore e nel verificare se siano stati rispettati i parametri dettati.

Nel contesto brevemente tratteggiato, le carte dei servizi hanno avuto una storia "travagliata": per certo, nell'ottica del codice del consumo, esse rivestono un ruolo primario nell'individuazione sia degli standard di qualità del servizio che dei rimedi messi a disposizione degli utenti per reagire a disservizi ed inadempimenti da parte dell'erogatore.

Gli utenti dei pubblici servizi, come rilevato, godono della prerogativa di ricevere prestazioni connotate da elevati standard di qualità ed efficienza (art. 2, lett. g); lo strumento della carte dei servizi viene impiegato per rendere pubblici gli standard di qualità e di efficienza (art. 101, 2° comma, codice consumo), alla cui determinazione debbono concorrere, anche attraverso le associazioni rappresentative, i consumatori e gli utenti (art. 101, 3° comma codice consumo)<sup>91</sup>.

## Il ruolo delle Autorità di regolazione di settore

La legge 14 novembre 1995, n. 481 ha definito la competenza delle Autorità di regolazione di settore<sup>92</sup> e imposto loro la messa a punto di un apparato di stru-

---

non all'Autorità Giudiziaria che può essere adita solo dopo il tentativo di conciliazione obbligatorio per inadempimento del contratto e il risarcimento del danno. (Nel caso di specie, l'utente dopo aver avuto una sentenza di condanna dall'Autorità Giudiziaria che accertava l'inadempimento del gestore condannandolo al risarcimento del danno, dopo un ulteriore ritardo nell'adempimento di servizi di telefonia l'utente si rivolgeva nuovamente all'Autorità Giudiziaria per l'indennizzo attinente l'ulteriore periodo mentre avrebbe dovuto rivolgersi all'AGCom»).

<sup>91</sup> TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 14. marzo 2018, n. 239.

<sup>92</sup> La legge 481/1995 detta disposizioni che costituiscono principi generali cui si ispira la normativa relativa alle Autorità di regolazione in generale (art. 2, comma 2), si pensi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per i settori di telecomunicazioni, per le televisioni a pagamento, per i servizi postali, ed Autorità per l'Energia ed il Gas per i settori dell'energia, dell'acqua e del gas. Cfr. D. MORANA, *Norme per la concorrenza e per la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1998, pp. 307 ss. In chiave comparatistica vale segnalare l'influenza esercitata dal modello americano delle *Independent Regulatory Agencies* (in argomento, per una trattazione delle differenze e delle affinità di fondo esistenti tra le autorità statunitensi e quelle europee, si veda A. MONICA, *Autorità garanti e tutela della persona-consumatore: un'introduzione*, in *Quaderni del dipartimento* diretti da P. STANZIONE, Università degli Studi di Salerno 2000, *passim*). Per un'adeguata disamina della l. 481/1995, sia consentito il rinvio a M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, cit., p. 383.

menti volti a tutelare quei soggetti, i quali, per la loro “debolezza contrattuale”<sup>93</sup>, rispetto ad un rapporto di somministrazione, necessitano di particolari interventi di regolazione dei servizi ad offerta pubblica, funzionali anche serbare, nei casi patologici, un contraddittorio in qualche modo paritario tra le parti.

Il fenomeno ha avuto come riferimento il modello statunitense delle *Independent Regulatory Commissions* – teso ad attuare un processo di regolazione pubblica nell’economia – innestandosi sulla particolare struttura istituzionale di ciascuno Paese europeo e venendo così recepito in modo disomogeneo<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Con riferimento alla debolezza contrattuale e in una prospettiva generale può dirsi come l’obiettivo sia quello di «[...] attenuare con divieti di tenere taluni comportamenti per il professionista – contegni tramite i quali quest’ultimo sfrutterebbe la posizione a proprio maggior vantaggio comprimendo ulteriormente gli spazi di valutazione e decisione razionale del consumatore – e con obblighi di *disclosure* di informazioni sul prodotto o sul servizio offerto» (E. LABELLA, *La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2020, p. 582).

<sup>94</sup> Il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti è in Italia relativamente recente. Lo stesso si è delineato progressivamente a seguito dell’istituzione della CONSOB (Commissione Nazionale per la società e la borsa – 1974), del Garante per l’editoria (1981), dell’ISVAP (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private – 1982). La creazione delle autorità amministrative indipendenti, nel nostro ed in altri ordinamenti, non è derivata da un disegno prestabilito; piuttosto, le stesse sono state di volta in volta istituite per rispondere ad un problema specifico. Così è stato non solo in Francia, ma anche nell’esperienza delle *Independent Regulatory Agencies*. Al modello statunitense, che ha una tradizione più che secolare, si sono ispirate le assai più recenti esperienze europee (cfr. N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti*, in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema politico-istituzionale*, Torino 2009, pp. 243-244). In chiave strettamente storica è stato sapientemente affermato che «Le “Autorità amministrative indipendenti” rappresentano una rottura rispetto al modello organizzativo della pubblica amministrazione ideato da Cavour. A base di tale modello sta il concetto della separazione dei poteri, elaborato dal Montesquie, secondo cui per evitare una pericolosa concentrazione di potere nelle mani dei medesimi individui, spesso foriera di prevaricazioni e arbitri, è necessario che le funzioni fondamentali dello Stato, la funzione legislativa (creazione di norme), la funzione amministrativa (esecuzione delle norme) e quella giurisdizionale (corretta applicazione delle norme) siano attribuite a poteri separati e rispettivamente al potere legislativo (Parlamento), al potere esecutivo (Governo e Pubblica Amministrazione) e al potere giudiziario (Magistratura). In questo disegno il potere esecutivo è legittimato dalla fiducia del parlamento, eletto dal popolo ed espressione della volontà popolare. Le riforme cavouriane degli anni ’50 del milleottocento mirano a riformare le strutture amministrative in modo conforme al modello montesquiano. A tal fine Cavour concentra tutte le competenze amministrative nei Ministeri, con la creazione di una struttura piramidale, con al vertice il Ministro, legittimato dalla fiducia delle Camere, e quindi degli elettori» (v.si M.T. RIZZO, *L’autorità per l’energia elettrica e il gas*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6/2014, p. 1387). *Ex plurimis*, O. LANZARA, *I contratti relativi all’erogazione di servizi pubblici*, cit., *passim*; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002, p. 300; a tenore di R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 4/1995, p. 629; «[...] è soprattutto a

Le principali misure regolative adottate dalle Autorità Indipendenti, dirette ad imporre agli operatori obblighi di trasparenza e la fissazione di standard qualitativi, sono state emanate in conformità alle norme tecniche internazionalmente riconosciute in tema di tariffe, libertà contrattuale degli operatori, operando un controllo sulle condizioni generali dei contratti da essi predisposti e con i rispettivi listini.

Non a caso, ritornando alle problematiche sollevate dalle carte dei servizi, le suddette *Authorities* hanno facoltà di integrarne il contenuto; come brevemente rilevato, esse emanano direttive e linee guida in merito alle modalità di erogazione, al fine di delimitare i livelli di qualità, non tralasciando di strutturare un sistema di analisi e valutazione dell'efficacia delle procedure di reclamo, istanze e segnalazioni in ordine al rispetto degli *standards* imposti ai soggetti esercenti, specificando altresì le modalità delle mediazioni.

Ai sensi dell'art. 2, comma 24, lett. b), legge 14 novembre 1995, n. 481, le Autorità sono investite del compito di definire i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione, o di arbitrato<sup>95</sup>, nelle ipotesi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio; i rappresentanti degli utenti possono partecipare in maniera propositiva al procedimento di formazione dei provvedimenti amministrativi c.d. generali di ciascuna Autorità, in particolare, sugli aspetti qualitativi del servizio, anche se alle Autorità viene riconosciuto il dovere di contemperare tutti gli interessi coinvolti.

---

partire dagli anni ottanta che il nostro legislatore, influenzato dall'esperienza inglese (*Regulatory agencies*), statunitense (*Independent regulatory commissions*) e francese (*Autorités administratives indépendantes*) ha dato vita ad un certo numero di autorità, caratterizzate da un accentuato grado di indipendenza nei confronti del potere politico, burocratico ed economico».

<sup>95</sup> Arbitrato e conciliazione appartengono – con diverse connotazioni – al più ampio fenomeno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie che, come è noto, ha formato oggetto di particolare attenzione negli Stati Uniti d'America a fronte della constatazione sia dell'eccessiva durata dei processi civili, sia dell'elevato costo dei servizi legali, tendenzialmente non ripetibile anche nell'ipotesi di risultato favorevole della lite. Sul fenomeno delle ADR nell'ordinamento statunitense cfr. E. AUTORINO, D. NOVIELLO, C. TROISI, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Santarcangelo di Romagna 2013. Oggi il "sistema ADR" statunitense ha esaurito la sua fase evolutiva e si presenta come uno strumento sempre più perfezionato ma, in qualche modo, sempre meno alternativo al processo, dal momento che alcuni tratti caratteristici di quest'ultimo sono entrati a far parte delle tecniche di *Dispute Resolution* (in argomento v. diffusamente F. CUOMO ULLOA, *Modelli di risoluzione dei conflitti*, Padova 2008, pp. 55 ss., anche per una ampia e ragionata bibliografia). Nell'ambito dei Paesi appartenenti all'Unione europea, i singoli ordinamenti, che pure adottano diverse soluzioni quanto all'arbitrabilità delle controversie tra professionisti e consumatori, risentono indiscutibilmente gli effetti della politica comunitaria in materia, particolarmente cauta nella prospettiva di non pregiudicare una effettiva ed efficace tutela dei diritti dei consumatori (R. MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2006, *passim*).

Sono affidati così alle *Authorities* ampi poteri regolatori in ambito consumeristico; tanto comporta un rischio in termini di assenza di tutela qualora si verificano eventuali “episodi” di inerzia da parte delle stesse Autorità e, di conseguenza, laddove si determini un reale *vulnus* nella concreta definizione delle *policies*<sup>96</sup>.

Un secondo profilo di criticità è rappresentato dall'accertamento e dalla sanzione degli operatori per comportamenti che, pur determinando effetti lesivi della sfera giuridica degli utenti, non configurino un illecito per il settore di riferimento, a cagione di una trama regolatoria lacunosa, o dalla sussistenza di caratteristiche specifiche della condotta, tali da porla appena al di fuori delle “competenze” dell'Autorità o delle previsioni procedurali sanzionatorie della legge n. 689 del 1981 (c.d. legge di depenalizzazione che, sebbene in parte modificata dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, funge da paradigma normativo generale per tutti i provvedimenti sanzionatori). Si potrebbe, per gli ambiti che vengono qui a trattarsi, individuare condotte che in altri settori del diritto, quali quello tributario, vengono chiamate c.d. “abusi di diritto”<sup>97</sup>, assai difficili da contrastare.

### La competenza in via generale dell'AGCM

Il quadro normativo di settore va ulteriormente definito con la disamina della direttiva 2005/29/CE<sup>98</sup>, attuata con i decreti legislativi del 2 agosto 2007, nn.

<sup>96</sup> È stato anche evidenziato come la disciplina del 1995 non abbia esaurito la trattazione di tutti i settori dei servizi pubblici. Essa ha agevolato la partecipazione dei consumatori e degli utenti, che però, al di là del diritto di interpellare e di informazione, o di consultazione (in forma associata), non possono interferire nelle scelte gestionali e nella formulazione delle clausole contrattuali. Tale normativa non risulta coordinata con la disciplina delle clausole abusive (G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari-Roma 2006, p. 194).

<sup>97</sup> La Corte di Cassazione, Sez. trib., con la sentenza del 13 maggio 2009 n. 10981 (in M. BEGHIN, *L'abuso del diritto nella indefettibile prospettiva del “vantaggio fiscale”*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 2325), ha affermato che «il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici. Tale principio trova fondamento, in tema di tributi non armonizzati, nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, e non contrasta con il principio della riserva di legge, non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge stessa, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali. Esso comporta l'inopponibilità del negozio all'Amministrazione finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione».

<sup>98</sup> La Direttiva 2005/29/CE ha qualificato come “pratiche commerciali scorrette” quelle condotte delle imprese contrarie alla diligenza professionale e idonee ad influire in misura rile-

145 e 146<sup>99</sup>, concernente pratiche commerciali sleali, diretta ad armonizzare le legislazioni degli Stati membri poste a protezione dei consumatori, con particolare riferimento alle politiche commerciali realizzate dalle imprese, caratterizzate non di rado da notevoli differenze.

Il legislatore europeo ha inteso disciplinare diritti e obblighi che le parti sono tenute a rispettare nel corso – ed, invero, altresì nella fase antecedente e successiva – della transazione commerciale, dettando a tal fine un articolato complesso di regole a tutela del consumatore c.d. “medio”<sup>100</sup>.

vante, falsandolo, sul comportamento del consumatore medio (o del “medio” appartenente ad un gruppo di consumatori) nei confronti del quale fossero dirette (così l'art. 5, comma 2, lett. b). Tra i primi commenti alla direttiva v. R. CONTI, *La tutela a favore del consumatore nell'ordinamento comunitario ed italiano in materia di clausole e pratiche abusive*, in *Vita notarile*, 2006, pp. 412 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 2005, pp. 954 ss.; L.G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, pp. 521 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. impr./Europa*, 2007, pp. 1 ss.; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, *ivi*, pp. 39 ss.; R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, *ivi*, pp. 63 ss.; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino 2007; E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e l'ordinamento italiano*, Milano 2007.

<sup>99</sup> Sulla disciplina introdotta dal decreto legislativo 146/2007 di recepimento, tra gli altri v. C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, pp. 776 ss.; E. BATTELLI, *Commento ai decreti legislativi 145 e 146/2007*, in *Contratti*, 2007, pp. 113 ss.; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, in *Dir. ind.*, 1/2011, p. 45; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Torino 2008; V. D'ANTONIO, G. SCIANCALEPORE, *Le pratiche commerciali*, in P. STANZIONE - A. MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, cit., pp. 133 ss.; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Milano 2008; S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in A. D'ANGELO - V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto*, Torino 2010, pp. 104 ss.; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II/2009, pp. 477 ss.; ID., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova 2008; L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 165; L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali aggressive*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino 2008. Specificamente sulle pratiche commerciali aggressive, v. M.A. CARUSO, *Le pratiche commerciali aggressive*, Padova 2010.

<sup>100</sup> Intendendosi per “consumatore medio” il consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto.

Cfr. N. ZORZI, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2010, pp. 549 ss.; C. INCARDONA, I. PONCIBÒ, *The average con-*



La normativa ha così spostato il focus attenzionale dal profilo statico (contratto) a quello dinamico (funzionalità del comportamento) e, quindi, all'operazione economica, valutabile in concreto. Di certo è stata lasciata ampia discrezionalità agli Stati membri sia sul tipo di sanzioni da irrogare, pur prescrivendo che le stesse siano effettive, proporzionate e dissuasive, sia sulla predisposizione di mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali.

Sul piano interno, come anticipato, il legislatore ha dato attuazione alla direttiva in esame con i d.lgs. nn. 145 e 146 del 2007, con i quali ha, rispettivamente, espunto dal codice del consumo la disciplina sulla pubblicità ingannevole e modificato il Titolo III del succitato codice, imponendo ai professionisti il divieto di pratiche commerciali scorrette<sup>101</sup>.

L'art. 27 cod. consumo, dedicato alla tutela amministrativa e giurisdizionale, ha individuato la competenza, in via generale, ad applicare la normativa in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, predisponendone i poteri, il procedimento e le sanzioni.

L'art. 37-bis codice del consumo (introdotto dall'art. 5 del d.l. 1/2012, c.d. Cresci-Italia, convertito, con modifiche, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività"), rubricato "Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie", ha poi attribuito all'AGCM nuove prerogative in materia di clausole vessatorie<sup>102</sup>.

---

*sumer, the un fair commercial practices directive and the cognitive devolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 2007, pp. 21 ss.; A. SACCOMANI, *Commento agli artt. 18-26 del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005*, in G. ALPA - P. ZATTI (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile - Leggi Complementari*, tomo III, Padova 2009, pp. 1091 ss.; A. SACCOMANI, *Le cc.dd. "pratiche commerciali scorrette" tra "professionisti" e "consumatori"*, in G. ALPA - G. CONTE - V. DI GREGORIO - A. FUSARO - U. PERFETTI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Bari 2010, pp. 69 ss. V.si, inoltre, C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 6/2010, p. 408, a tenore della quale il richiamo disciplinare alla figura del consumatore medio come modello di riferimento dell'idoneità della pratica commerciale scorretta a falsare l'iter formativo della volontà (v. ad es. art. 21, comma 1, cit.) starebbe ad indicare come il divieto della pratica scorretta sia costruito come regola del mercato; ed altresì L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 165, il quale sottolinea come «[...] la nozione di consumatore medio non assume [...] come riferimento l'agire del singolo nella sua individualità, ma l'agire del singolo come espressione della domanda in generale»; il che farebbe acquisire al consumatore un rilievo macroeconomico.

<sup>101</sup> Intendendo per pratiche commerciali scorrette «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, vendita o fornitura di un prodotto dei consumatori» (art. 18, lett. d, cod. consumo) contraria ad ogni normale diligenza professionale, in quanto «falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori» (art. 20, cod. consumo).

<sup>102</sup> Un primo commento alla norma soprarichiamata si rinviene in L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole abusive*, in [www.consigionazionaleforense.it](http://www.consigionazionaleforense.it), la quale

Dunque, ai rimedi privatistici di natura contrattuale sono stati affiancati strumenti di natura amministrativa, idonei a raggiungere tutte le condotte commerciali in grado di ledere direttamente gli interessi economici dei consumatori.

La trasversalità della tutela discende tanto dalla natura dell'Autorità quanto dalle diverse configurazioni che i comportamenti costituenti pratiche commerciali scorrette possono assumere a seconda dei casi.

Potranno, in tal senso, scorgersi “contegni” – costituenti pratiche commerciali scorrette – posti in essere da soggetti operanti nell'ambito di settori regolati (si considerino, a titolo esemplificativo, le violazioni in materia tariffaria o di fatturazione ai clienti finali in riferimento ai settori dell'energia elettrica e del gas) ed, in quanto tali, assoggettati alla disciplina normativa – regolatoria della relativa Autorità di settore.

Ciò può in astratto rappresentare quel “completamento di tutela” di cui si dava conto in precedenza; nel contempo, l'attribuzione all'AGCM di tali competenze pone la problematica di gestire e risolvere gli eventuali conflitti circa l'applicabilità, al singolo caso, delle norme “trasversali” (che regolamentano le pratiche commerciali scorrette) ovvero di quelle settoriali (poste in essere, a mezzo della propria potestà normativo – regolamentare, dalla specifica Autorità), nonché il conseguente potenziale conflitto di competenza fra i diversi soggetti preposti alla tutela del consumatore-utente.

È intuibile come l'imperfetta regolazione di un settore da parte di una delle *Autorithies* non possa escludere la configurabilità di comportamenti costituenti pratiche commerciali scorrette, consentendo sempre l'intervento dell'AGCM, funzionale a “colmare” la lacuna creatasi.

Del resto, riconoscere la competenza dell'AGCM ad esercitare il proprio *enforcement* anche in ambiti regolati, potrebbe rivelarsi fondamentale (e finanche necessario) in un'ottica di perfezionamento dell'offerta di tutela garantita dall'ordinamento all'utente (giacché, ove la protezione regolatoria si rivelasse insufficiente, stante l'assenza di un diritto individuale degli utenti, verrebbe in

---

saluta con favore l'introduzione della norma stessa, auspicando che «la tutela amministrativa possa apportare notevoli miglioramenti sotto il profilo della efficienza (legata alla diversità dei tempi che connotano l'attuazione dei due strumenti) e della economicità (in virtù del suo carattere oggettivo e del fatto che si pone come strumento di regolazione del mercato)». V.si altresì T. RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *Contratti*, 2012, pp. 638 ss. (ove si rinvia una ricostruzione delle modalità di attuazione della Direttiva CE 93/13 nei vari Paesi europei), nonché V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2012, pp. 47 ss.

È stato acutamente osservato come «La scelta del legislatore conferma l'ulteriore rafforzamento di quel “percorso proconsumeristico” nella missione dell'Autorità, di cui era espressione «l'attribuzione, nel 2007, di specifiche competenze in materia di pratiche commerciali scorrette» così L. FIORENTINO, *La concorrenza e il consumatore 2005-2010, intervento, al convegno La concorrenza ed il consumatore 2005-2010, alla Fondazione Luigi Einaudi*, 26 novembre 2010, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu).



soccorso la disciplina di cui al codice del consumo).

Se tanto appare convincente, occorre, mettere a punto strumenti che evitino il moltiplicarsi degli interventi di Autorità e il conseguente rischio che una condotta possa essere oggetto di duplice sanzione, in violazione del divieto di *bis in idem*, che, come noto, permea la disciplina sanzionatoria. È evidente, di fatti, l'estrema iniquità di un sistema che possa esporre taluno a simile potenziale pericolo, dopo che, per lo stesso fatto, sia stata già affermata, ovvero esclusa l'applicazione della sanzione.

### Segue: il *ne bis in idem*

La disciplina delle pratiche commerciali sleali è stata recepita dal legislatore nazionale legiferando in modo orizzontale, ossia per tutti i settori, inclusi quelli regolati, ed individuando un'unica autorità amministrativa, cui attribuire, a norma dell'art. 27 del codice del consumo, i poteri di *enforcement* (vigilanza, inibitori e sanzionatori).

Nell'ambito della lotta alle pratiche commerciali scorrette, la convivenza tra autorità di settore – preposte, in via esclusiva, ad uno specifico ambito economico (Banca d'Italia, Consob, Agcom, Ivass) – e autorità trasversali, quale è invece l'AGCM, ha da tempo dato luogo, come cennato, a profili problematici per quanto riguarda la questione del riparto di competenze. In proposito, le prime difficoltà interpretative sono sorte con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 146 del 2007, che ha dato attuazione della direttiva 2005/29/CE, sostituendo gli artt. dal 18 al 27 del codice del consumo<sup>103</sup>.

<sup>103</sup> Il d.lgs. n. 146/2007 rappresenta, a detta degli operatori del settore, il più importante decreto per i consumatori, in quanto introduce il nuovo concetto di pratica commerciale sleale, ampliando quello di pubblicità ingannevole, riscrivendo in particolare gli artt. 18-27 del codice del consumo, già relativi alla sola pubblicità ingannevole.

La bibliografia nazionale e internazionale sulle pratiche commerciali scorrette è assai ampia, tra gli interventi più rilevanti, v.si L. ROSSI CARLEO, E. MINERVINI, *Premessa*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di AA. Vv., Milano 2007; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 171 ss.; ID., *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino 2007; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr.*, 2007, pp. 44 ss.; F. MASSA, *Pratiche commerciali scorrette (Voce)*, in *Enc. giur.*, Roma 2007; F. SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali delle imprese*, in *Disciplina comm.*, 2007, pp. 37 ss.; C. GRANELLI, *"Le pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007; E. BATELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, pp. 1113 ss., ora anche in *Codice del consumo*, a cura di E.M. TRIPODI - E. BATELLI, Milano 2008, pp. 153 s.; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, I/2008, pp. 762 ss.; C. PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. inf.*, 2008.

Tale ultima disposizione, al comma 1, dedicato alla tutela amministrativa e giurisdizionale, ha espressamente individuato l'organo competente per l'applicazione delle norme sulle pratiche scorrette, prevedendo nello specifico che l'autorità garante della concorrenza e del mercato inibisca la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimini gli effetti, disponendone la sospensione provvisoria, anche richiedendo informazioni, ovvero, acquisendo prove circa l'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale, vietandone la diffusione o la continuazione, anche con opportuni mezzi di pubblicità e provvedendo alla applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie o interdittive<sup>104</sup>.

Particolarmente dibattuta è apparsa la questione del “contrasto” tra norme in materia di pratiche scorrette e norme settoriali che ha condotto alla prevalente applicazione di queste ultime, in ossequio al principio di specialità di cui all'art. 3, comma 4, direttiva 2005/29/CE. La Corte di Giustizia, accogliendo un'interpretazione restrittiva, ha statuito che il contrasto «denota un rapporto tra le disposizioni cui si riferisce che va oltre la mera difformità o la semplice differenza» e «sussiste unicamente quando disposizioni estranee [alla direttiva 2005/29/CE], disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29»<sup>105</sup>.

Successivamente al menzionato pronunciamento, il Consiglio di Stato ha fornito talune ulteriori “direttrici ermeneutiche”, tra cui l'applicazione del cano-

<sup>104</sup> TAR Lazio, Sez. I, 14 marzo 2011 n. 2271, in *Disc. comm.*, 2011, p. 111. Il pronunciamento sottolinea come la violazione degli obblighi di informazione possa può configurarsi nei termini di una pratica commerciale scorretta, ravvisabile a seguito di un attento esame del caso concreto e in applicazione delle norme consumeristiche, rispetto alla cui sussistenza può esprimersi tanto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) quanto il giudice amministrativo.

<sup>105</sup> Corte di Giustizia, 13 settembre 2018, C-54/17 e C-55/17, in *Resp. civ. prev.*, 6/2018, p. 1978; in *D&G*, 2018, con nota di I. LIBERO NOCERA, *Carte SIM con servizi a pagamento di cui i consumatori non erano stati informati: è una pratica commerciale sleale*, in *GiustiziaCivile.com*, 2019, con nota di B. ACCONCIAIOCO, *Carte SIM contenenti servizi a pagamento preimpostati e pratiche commerciali aggressive. La tutela dei consumatori può prevalere sulle regole del mercato?*

La CGUE ha ravvisato che «la nozione di “fornitura non richiesta”, ai sensi dell'Allegato 1, punto 29, della Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, dev'essere interpretata nel senso che, con riserva di verifiche da parte del giudice del rinvio, essa ricomprende condotte, come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, consistenti nella commercializzazione, da parte di un operatore di telecomunicazioni, di carte SIM (*Subscriber Identity Module*, modulo d'identità dell'abbonato) sulle quali sono preimpostati e preattivati determinati servizi, quali la navigazione internet e la segreteria telefonica, senza che il consumatore sia stato previamente ed adeguatamente informato né di tale preimpostazione e preattivazione né dei costi di tali servizi».

ne di specialità al fine di risolvere le antinomie tra disciplina generale e settoriale, nei casi di assoluta incompatibilità<sup>106</sup>.

Un aspetto rimasto probabilmente in secondo piano nella decisione del Consiglio di Stato è rappresentato, tuttavia, dalle ipotesi di contestuale intervento su una medesima condotta, sia dell'Antitrust che di un'autorità di settore<sup>107</sup>.

In tal senso, i giudici di Palazzo Spada, chiamati a decidere in merito, hanno sostenuto che «se sussiste incompatibilità significa, per definizione, che non possa venire in rilievo il “medesimo fatto” e, quindi, si è fuori dal perimetro delle questioni problematiche poste dal concorso di norme e conseguentemente anche dal *ne bis in idem*. L'art. 19 ha dettato un criterio di risoluzione delle antinomie che assegna, in questo caso, soltanto all'Autorità di settore la competenza, con la conseguenza che non vi è alcuno spazio di intervento né contestuale né successivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Se non sussiste incompatibilità significa che si applicano soltanto le norme sulle pratiche commerciali scorrette, con competenza esclusiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato».

La sentenza, inoltre, aggiunge che «applicando il criterio autonomo della incompatibilità, non sussistono dubbi in ordine al fatto che la competenza sia soltanto dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. È evidente che, mancando tale incompatibilità, astrattamente l'Autorità di settore per quella condotta già sanzionata in base alla normativa generale – essendo tale condotta, appunto, “compatibile” con quella oggetto della regolazione di settore – potrebbe effettuare un secondo intervento sanzionatorio. Ma se ciò accadesse, non si porrebbero, si ribadisce, i delicati problemi interpretativi connessi all'applicazione dei criteri di specialità penalistici e del *ne bis in idem* per valutare se sia stato legittimo o meno il modo di procedere dell'Autorità. L'applicazione del criterio autonomo dell'incompatibilità esclude in modo chiaro che l'Autorità di settore possa intervenire. Se, pertanto, venisse irrogata una seconda sanzione, essa sarebbe illegittima, sia sotto il profilo procedimentale sia sotto quello sostanziale»<sup>108</sup>.

Pertanto, in una pronuncia più risalente, il Consiglio di Stato, con riferimento al settore energetico, si era già espresso in termini analoghi, evidenziando il

<sup>106</sup> Cons. St., Sez. VI, 29 novembre 2018, n. 6795, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2/2019, p. 340.

<sup>107</sup> F. GIGLIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005; A. MOZZATI, *Contributo allo studio del contratto di servizio. La contrattualizzazione dei rapporti tra le amministrazioni e i gestori di servizi pubblici*, Torino 2010; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 2001.

<sup>108</sup> Cons. St., Sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, in *Riv. regolazione mercati*, 2019, p. 366, con nota di B. RABAI, *Ancora sul riparto di competenze tra autorità antitrust e autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, pp. 366 ss.; a ben vedersi, conformemente al più recente e prevalente orientamento giurisprudenziale, il divieto del *ne bis in idem* può essere integrato solo allorché lo stesso fatto storico-naturalistico venga “punito” doppiamente e non quando si realizzino più condotte ciascuna delle quali sia separatamente sanzionabile in base a distinti plessi normativi che tutelano differenti beni giuridici.

differente ambito di influenza dell'Autorità di settore e dell'AGCM, rilevando che la prima è competente a disciplinare il mercato di riferimento e a erogare sanzioni nell'ipotesi di violazione dei codici di comportamento predisposti, mentre la seconda «risulta competente a sanzionare una qualunque tipologia di pratica commerciale scorretta, a prescindere dal fatto che costituisca una violazione di determinate regole e procedure»<sup>109</sup>.

### Le pratiche commerciali scorrette: profili rilevanti

Il d.lgs. n. 146/2007 rappresenta, come risaputo, un punto cardine del diritto dei consumatori<sup>110</sup>, in quanto introduce il nuovo concetto di “pratica commerciale sleale”, ampliando quello di pubblicità ingannevole, riscrivendo gli artt. 18-27 del codice del consumo. Di conseguenza, in siffatti settori, gli Stati membri possono imporre norme che vadano al di là delle disposizioni della direttiva, purché rispettino le altre previsioni del diritto dell'Unione.

La disciplina rivisitata investe qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, *ivi* compresi la pubblicità ed il *marketing*, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori<sup>111</sup>.

L'enunciazione, estremamente ampia, ha dato luogo a diverse interpretazioni. Di certo, il nuovo Titolo III abbandona il precedente specifico riferimento alla sola pubblicità ingannevole e comparativa ed allarga il campo delle condotte sanzionabili, introducendo le «pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori».

In merito, appare utile un inciso. Se è del tutto evidente che una pratica commerciale è efficace laddove influenzi la scelta del consumatore, indirizzandola verso l'acquisto di beni o la fruizione di servizi, ne consegue che l'oggetto

<sup>109</sup> TAR Lazio, Sez. I, 2 agosto 2018, n. 8699: «In materia di sanzioni per condotte di pubblicità ingannevole, l'entità della sanzione deve commisurarsi non ai ricavi del singolo prodotto oggetto della pubblicità, ma all'importanza e alle condizioni economiche dell'impresa, ai sensi degli artt. 27 comma 13, d.lg. n. 206/2005 e 11, l. n. 689 del 1981, e ciò nel rispetto del principio di proporzionalità e di adeguatezza della sanzione, in modo da garantirne un'efficacia deterrente».

<sup>110</sup> S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino 2012; ID., *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 1/2017, pp. 11 ss.; U. MALVAGNA, *Nullità “de futuro” e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in *Riv. dir. banc.*, 8/2016, pp. 1 ss.; A. DALMARTELLO, *Epilogo sulla questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 2.

<sup>111</sup> La definizione dell'espressione di pratica commerciale viene fornita alla lett. d), dell'art. 2, della direttiva 2005/29/C, ove è statuito che per pratica commerciale appunto si intende «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione *ivi* compresi la pubblicità e il marketing, posti in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

della direttiva – trasposto nel diritto interno – non è rappresentato dalle pratiche commerciali in quanto tali, ma solo da quelle che raggiungano un determinato grado di incisività, tramite un comportamento contrario alla diligenza professionale, da distorcere la capacità decisionale del consumatore, facendogli assumere una decisione che, in mancanza dell'elemento di “disturbo” sarebbe stata diversa, divenendo una sorta di “illecito di pericolo”<sup>112</sup>.

Rafforza tali tesi il considerando n. 6, che espressamente evidenzia come la direttiva 2005/29/C lasci impregiudicate le pratiche pubblicitarie “generalmente ammesse”, riproponendo il ricorso alla prassi commerciale quale criterio di valutazione della slealtà (come per la valutazione in campo contrattuale del *dolus bonus*), includendo in questo gruppo il *product placement* consentito (ossia il posizionamento del prodotto in scene cinematografiche o televisive, previo avviso alle utenze della presenza di questa pratica) e la differenziazione del marchio e la sua evidenziazione.

In definitiva sono sanzionate solo quelle pratiche “eccessivamente incisive”, ossia che raggiungono il risultato distorsivo tramite un comportamento contrario alla diligenza professionale.

Per certo, la nozione di pratica commerciale scorretta ha reso necessario uno sforzo da parte dell'AGCM di definizione degli elementi costitutivi della fattispecie, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, nonché dei canoni alla stregua dei quali la scorrettezza della condotta debba essere valutata. A sua volta il giudice amministrativo si è preoccupato di specificare il contenuto di siffatti elementi costitutivi ove dalla qualificazione della violazione potesse discendere la stessa configurabilità della pratica.

Evidenziata la circostanza di porre particolare attenzione al ruolo, quindi alle eventuali responsabilità di quei soggetti che, pur non avendo direttamente interagito con il consumatore, abbiano comunque tratto un vantaggio economico, agevolando l'altrui condotta scorretta ovvero omettendo quella vigilanza che avrebbe potuto impedire la pratica, assume significativa pregnanza nella materia in esame la nozione di professionista.

Si pensi, ad esempio, a chi ospiti sul proprio sito web un banner di altro operatore connotato da profili di aggressività; in tal caso, poiché il professionista “ospitante” deve considerarsi cosciente della operatività di tale ultimo sito, assume le conseguenze di eventuali profili di scorrettezza<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4976, in *Foro it.*, 4/2020, III, p. 246; in *Redazione Giuffrè amm.*, 2019; in *D&G*, 2019, con nota di G.D. GIAGNOTTI, *Le recensioni non vere e la pubblicità ingannevole: gli obblighi del professionista e i diritti del consumatore*. Conforme: Cons. St., Sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896, in *Guida al diritto*, 2014, 38, p. 50.

<sup>113</sup> Cons. St., Sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1819, in *DeJure*, nella quale si rileva che «tenuto conto della sussistenza dell'adeguato presupposto (acclaramento di una pratica seriamente scorretta), non può essere disconosciuto il diritto dell'Autorità – corrispondente ad una suo ampio spazio di discrezionalità amministrativa al riguardo – di scegliere di proseguire in

In altri termini, come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, è responsabile della pratica scorretta il professionista che è «consapevole dell'insieme delle modalità di offerta del servizio e dei suoi reali contenuti, avendoli per di più condivisi al fine di un migliore efficientamento partecipativo nei conseguenti guadagni»<sup>114</sup>.

Resta inteso che è altresì responsabile il professionista che abbia demandato ad altri determinate attività che vengono realizzare nel suo immediato interesse<sup>115</sup>. Da questi principi deriva, quindi, un obbligo di diligenza rafforzato che gli impone di predisporre adeguati strumenti di controllo dell'attività svolta da terzi nel suo interesse, monitorandone il comportamento<sup>116</sup>.

Sempre con riguardo ai soggetti della pratica, apparendo chiaro che non occorre ravvisare un pregiudizio economico nel caso concreto, considerata la natura dell'illecito consumeristico<sup>117</sup> e il bene giuridico tutelato<sup>118</sup>, non risulta

---

ogni caso con l'adozione di un provvedimento sanzionatorio, questo essendo, per essa, il modo più appropriato per enunciare principi e regole di condotta utili a prevenire future pratiche commerciali scorrette, analoghe a quelle già in istruttoria».

<sup>114</sup> Cons. St., Sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1820, in *DeJure*, a tenore del quale la responsabilità è correlata all'attività consulenziale e alle tecniche informative utilizzate in materia di investimenti (sulla rilevanza del ritorno economico del professionista al fine di fondare la sua responsabilità per pratica commerciale scorretta, a prescindere dalla estraneità del prodotto offerto rispetto alla gamma tipica di servizi forniti).

<sup>115</sup> TAR Lazio, Sez. I, 11 settembre 2018, n. 9269, in *Foro Amministrativo (II)*, 9/2018, p. 1521. Il pronunciamento individua quale pratica commerciale scorretta la fissazione di clausole che stabiliscono come sede del foro competente sulle controversie tra professionista e consumatore località diverse dalla residenza o domicilio del consumatore stesso. Conforme: Cons. St, Sez. VI, 6 settembre 2017, n. 424, in *Foro Amministrativo (II)*, 9/2017, p. 1835.

<sup>116</sup> TAR Lazio, Sez. I, 2 agosto, 2018, n. 8699, in *Foro Amministrativo (II)*, 2018, 7-08, p. 1322: «Ai sensi dell'art. 27, comma 1, d.lg. n. 206/2005 (così come modificato dal d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 2), l'AGCM è ora competente in materia sanzionatoria sulle condotte integranti pratiche commerciali scorrette, anche nei settori regolati, previa acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione competente e, in ciò, facendo salva la residua competenza delle predette Autorità di settore solamente nel caso di violazioni della regolazione, non integranti gli estremi di una pratica commerciale scorretta. È, infatti, differente l'ambito di influenza tra l'Autorità di regolazione per l'energia e l'AGCM, essendo competente la prima a disciplinare il mercato di riferimento e ad erogare sanzioni nell'ipotesi di violazione dei codici di comportamento predisposti, mentre la seconda Autorità, nell'esercizio delle funzioni di tutela del consumatore, risulta competente a sanzionare qualunque tipologia di pratica commerciale scorretta, a prescindere dal fatto che costituisca una violazione di determinate regole e procedure».

<sup>117</sup> TAR Lazio, Sez. I., 11 settembre 2018, n. 9269, cit.; TAR Lazio, Sez. I, 14 novembre 2018, n. 10969, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2017.

<sup>118</sup> Cons. St., Sez. VI., 4 luglio 2018, n. 4110, in *De Jure*, «la condotta omissiva – per essere considerata ingannevole – deve avere ad oggetto informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole. Ai fini dell'apprezzamento della rilevanza del difetto di informazione la norma contiene l'invito a considerare la “fattispecie concreta”, “tutte le caratteristiche e circostanze del caso” e i “limiti del mezzo di comunicazione impiegato” (art. 22, comma 1 del codice del consumo), aggiungendo che «qualora il



necessario accertare la condizione soggettiva del consumatore, essendo sufficiente che questi sia – come recita la norma – un “consumatore medio” e quindi un utente dotato di mera accortezza. Né la nozione di consumatore medio è stata resa più articolata, avendo riguardo all’utente medio di internet, in connessione con la sempre maggiore diffusione delle pratiche online.

È stato infatti affermato che, pur avendo questi «una maggiore dimestichezza con lo strumento informatico, non per questo se ne può inferire una specifica e assai maggiore capacità di decodifica del messaggio commerciale diffuso online»<sup>119</sup>.

Da ultimo, in maniera speculare rispetto alla nozione di professionista e in connessione con quella di pregiudizio, rileva il criterio della diligenza professionale alla cui stregua le condotte vengono valutate.

È utile osservare come tale canone abbia un’accezione più ampia rispetto alla diligenza richiesta nell’adempimento agli obblighi imposti dall’Autorità di regolazione competente per il settore di riferimento. In connessione con quanto rilevato rispetto all’ampiezza della nozione di pratica commerciale scorretta, che spesso viene in rilievo in settori regolati, parimenti ampio è il grado di diligenza richiesto al professionista. Questi è chiamato ad adottare modelli di comportamento desumibili anche «dall’esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal codice del consumo»<sup>120</sup>. In altri termini, anche in questo caso, non è la nozione di pratica scorretta che si desume dalle sue “componenti”, ma sono le componenti del sistema che si adattano alla fattispecie concreta, riducendo o, più spesso, ampliando l’ambito di applicazione della disciplina.

Come ha rilevato efficacemente il giudice amministrativo, proprio con riguardo all’elemento in commento, il sistema può «plasmarsi nel modo più conforme alle necessità del caso concreto, particolarmente variegate nell’ambito delle pratiche commerciali»<sup>121</sup>, del resto dall’incompatibilità tra l’intervento dell’Autorità di settore e quello dell’AGCM non può che derivare anche un canone diverso di valutazione delle condotte, essendo appunto le finalità perseguite differenti<sup>122</sup>.

---

mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o tempo, nel decidere se vi sia stata un’omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi».

<sup>119</sup> TAR Lazio, Sez. I, 15 gennaio 18, n. 464, in *DeJure*.

<sup>120</sup> TAR Lazio, Sez. I, 2 agosto 2018, n. 8699, cit.

<sup>121</sup> TAR Lazio, Sez. I, 15 gennaio 2018, n. 464, cit.

<sup>122</sup> Cons. St., Sez. VI, 17 dicembre 2018, n. 7107, in *DeJure*, «l’istituto degli impegni costituisce un meccanismo di definizione semplificata prefigurato dall’ordinamento per le sole fattispecie di maggiore tenuità e minore impatto socio-economico, trovando un limite espresso di applicazione nei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale posta in essere»; TAR Lazio, Sez. I, 25 maggio 2018, n. 5798, in *DeJure*.



## Considerazioni conclusive

È senz'altro pleonastico rilevare come la disciplina in esame non sia stata esente dall'influenza del diritto europeo. L'evoluzione normativa ha sollevato delicate tematiche relative alla protezione del consumatore-utente, conducendo sovente il legislatore a ricercare più adeguate soluzioni. Ecco allora l'importanza della comunicazione normativa integrata, intesa come strumento finalizzato a ridurre le distanze tra la norma e la popolazione, creando nuovi rapporti e forme di relazione, che tengano conto della peculiarità e delle esigenze del territorio, cercando di interpretarle e soddisfarle quanto più possibile, modellandosi in base alle caratteristiche della popolazione stessa cui questa si rivolge.

La comunicazione sul consumo è in continuo cambiamento e si collega ad una molteplicità di discipline, che la rendono giustappunto "multidisciplinare"; all'interno del grande contenitore della comunicazione normativa, ne troviamo forme diverse, fra le quali quella regolativa o di certezza, la quale è la comunicazione relativa agli atti formali: certificazioni, verbalizzazioni, notificazioni, raccolte ufficiali, affissioni ad albi, registri ovvero alla trasmissione di documenti riguardanti le attività istituzionali, le norme e i programmi. Una comunicazione regolativa come processo che deve informare la popolazione su tutto ciò che è rilevante e che deve costruire un dialogo, un rapporto di scambio, distinguendo il concetto di informazione da quello di comunicazione.

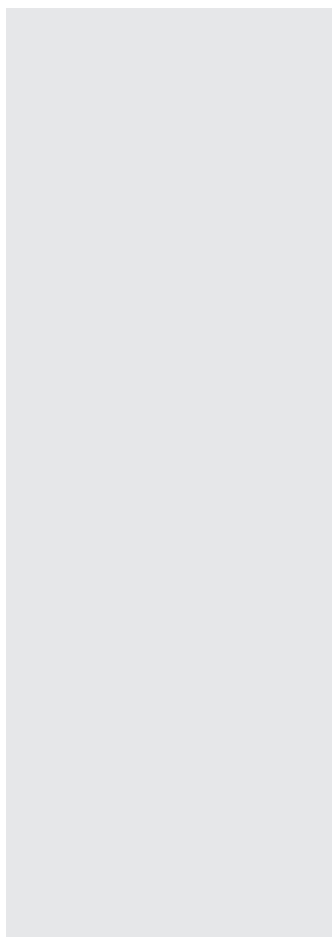
Il consumatore deve essere in grado di riconoscere le caratteristiche essenziali del prodotto o servizio offerto ed il suo prezzo per poter operare una scelta consapevole.

In conclusione, sembra potersi affermare che l'esperienza italiana, pur riponendo "grandi speranze" nella Carta dei servizi, non abbia sfruttato a pieno le potenzialità dell'istituto, sol che si rifletta sulla non esaustiva attività di implementazione, monitoraggio e controllo periodico.

Di converso, opportunamente, il diritto inglese ha ritenuto simile strumento – ove correttamente interpretato e attuato – capace di produrre una vera e propria "palingenesi" della percezione stessa del rapporto di utenza.

In tutti casi, per quanto attiene al diritto interno, di là da ogni ulteriore considerazione, ciò che appare davvero rilevante è il ruolo di primaria importanza conferito all'AGCM, chiamata ad esercitare il proprio *enforcement* per la repressione di pratiche commerciali scorrette anche in ambiti regolati. Come evidenziato, la funzione appare fondamentale nell'ottica di completamento dell'offerta di *protection* garantita dall'ordinamento; ove la tutela regolatoria si rivelasse insufficiente il diritto del consumatore non resterebbe sprovvisto di salvaguardia.

# FORMAZIONE FORENSE





# Gli avvocati nell'ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano

Michele Salazar

---

## Gli organi giudiziari

L'ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano è disciplinato dalla legge n. CCCLI del 16 marzo 2020, che ha espressamente abrogato – anche se con formula generica (art. 30) – le precedenti disposizioni in materia<sup>1</sup> (legge n. CXIX del 21 novembre 1987 e successive modifiche e integrazioni).

Ai sensi dell'art 1 il potere giudiziario è esercitato, a nome del Sommo Pontefice, dai seguenti organi:

- a) il Tribunale;
- b) la Corte d'Appello;
- c) la Corte di Cassazione.

Da tale disposizione possono trarsi i seguenti corollari:

- 1) la titolarità del potere giudiziario, espressione di sovranità, spetta al Sommo Pontefice quale monarca assoluto dello Stato;
- 2) l'esercizio di siffatto potere è affidato agli organi giudiziari istituiti dalla legge, i quali lo svolgono a nome del Sommo Pontefice;
- 3) la giurisdizione si attua mediante il processo articolato in più gradi.

La legge disciplina, nelle norme successive, la composizione degli organi giudiziari e lo stato giuridico ed economico dei magistrati nonché l'ufficio del promotore di giustizia<sup>2</sup> e il personale amministrativo. Tali disposizioni non sono oggetto delle presenti note, limitate all'esame delle norme riguardanti gli avvocati. Qui basterà segnalare che i magistrati sono nominati dal Sommo Pontefice, dal quale gerarchicamente dipendono. Tuttavia, ai sensi del comma 1 dell'art. 2, nell'esercizio delle loro funzioni essi sono soggetti soltanto alla legge. I magistrati ordinari del Tribunale e della Corte d'Appello e i giudici applicati della Corte di Cassazione sono scelti preferibilmente tra professori universitari di ruolo o in quiescenza, e comunque tra giuristi di chiara fama che abbiano maturato una comprovata esperienza in ambito giudiziario o forense,

---

<sup>1</sup> Per un'ampia disamina della legge si rinvia a G. DALLA TORRE, *Considerazioni sul nuovo ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano*, in *Riv. telem.* (<https://www.statoechiese.it>), 12/2020, pp. 89 ss.

<sup>2</sup> L'ufficio del promotore di giustizia esercita in autonomia e indipendenza le funzioni di pubblico ministero e le altre assegnategli dalla legge.

civile, penale o amministrativo. I magistrati ordinari sono *durante munere* cittadini vaticani. Il trattamento economico è determinato in ragione dell'attività effettivamente svolta.

## Gli avvocati

Un apposito titolo della legge, il VI (artt. da 26 a 28), è dedicato agli avvocati. La loro collocazione all'interno della legge sull'ordinamento giudiziario vaticano<sup>3</sup> sottolinea per un verso l'indissolubile collegamento tra il diritto di difesa e il ruolo dell'avvocato<sup>4</sup> e per l'altro la coesistenzialità di magistratura e avvocatura nell'esercizio della funzione giurisdizionale, unitariamente considerata, quale risulta, nel nostro ordinamento, dalle norme sul giusto processo (artt. 24 e 111 della Costituzione), ai cui principi si ispira anche l'ordinamento vaticano, come è dato evincere dalla *Premessa* alla legge stessa e da varie disposizioni del C.I.C.

Su detto titolo va fermata l'attenzione, in linee di assoluta brevità, segnalando, fin da ora, che le disposizioni in esso contenute seguono due direttrici: il controllo da parte del potere giudiziario della professionalità degli avvocati mediante la tenuta dell'albo (art. 26) e la vigilanza, assegnata allo stesso potere, sul rispetto delle norme deontologiche attraverso la punizione disciplinare dei comportamenti scorretti (art. 28). Sotto quest'ultimo profilo la legge in esame costituisce attuazione del codice di deontologia degli avvocati europei approvato dal CCBE il 28 ottobre 1988 con le modifiche introdotte il 28 novembre 1998 e il 6 dicembre 2002, le cui regole, ai sensi del par. 1.4, si applicano agli avvocati dell'Unione europea e dello Spazio economico europeo<sup>5</sup> così come definiti dalla Direttiva 77/249 del 22 marzo 1977. Può dunque affermarsi che nell'ordinamento giudiziario vaticano la qualità della giustizia passa segnatamente anche dall'esistenza di una difesa assicurata da un professionista qualificato e competente che offra garanzie deontologiche.

L'art. 26 si apre con la solenne affermazione che «il diritto di difesa è inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», formula che riproduce sostanzialmente il testo del secondo comma dell'art. 24 della nostra Costituzione e vale a ribadire la consonanza del diritto vaticano con i principi fondamentali dello Stato di diritto.

L'art. 26 si occupa inoltre di regolamentare, ancorché per grandi linee, l'assunzione della difesa nelle cause dinanzi all'autorità giudiziaria dello Stato

<sup>3</sup> La legge per la disciplina dell'ordinamento giudiziario italiano (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 e successive modificazioni e integrazioni) non menziona gli avvocati.

<sup>4</sup> Va anche considerato, a proposito del ruolo dell'avvocato, che nel sistema canonico il *munus* forense ha una dimensione ecclesiale; pertanto la professione va intesa come servizio (*ministerium*) per mezzo del quale l'avvocato coopera nella missione della Chiesa, che è la *salus animarum*, definita "suprema legge" dall'ultimo canone del *Codex iuris canonici* (1752).

<sup>5</sup> Lo Stato della Città del Vaticano fa parte dello Spazio economico europeo.

della Città del Vaticano, prevedendo a tal fine l'iscrizione in un apposito albo tenuto dal cancelliere sotto la vigilanza del presidente del Tribunale<sup>6</sup>.

Possono essere iscritti in tale albo:

- gli avvocati iscritti all'albo degli avvocati della Rota Romana, che siano iscritti all'Ordine degli avvocati nello Stato di residenza;
- gli avvocati abilitati al patrocinio presso le giurisdizioni superiori dello Stato di residenza, previo nulla osta del Segretario di Stato.

Entrambe le categorie sopra indicate hanno in comune la provenienza da un albo "esterno", vale a dire da quello dell'Ordine degli avvocati nel quale sono iscritti nello Stato di residenza: godono quindi del privilegio della doppia iscrizione<sup>7</sup>. Tuttavia, mentre per gli avvocati della Rota Romana l'iscrizione non è soggetta a limiti, per gli avvocati abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori è necessario il nulla osta del Segretario di Stato.

Per l'iscrizione all'albo è richiesta in ogni caso una comprovata conoscenza del diritto canonico e del diritto vaticano.

Poiché l'iscrizione nell'albo dello Stato di residenza costituisce requisito per l'iscrizione e per la permanenza nell'albo del Tribunale vaticano, ne discende che le vicende riguardanti l'iscrizione dell'avvocato nell'albo di origine, quali ad esempio la sospensione (volontaria e/o disciplinare) e la radiazione, producono effetti sull'iscrizione nell'albo *ad quem*.

La difesa davanti alla Corte di Cassazione è riservata agli avvocati della Santa Sede e agli avvocati iscritti all'albo degli avvocati presso la Curia Romana. Il presidente della Corte di Cassazione può autorizzare, in via permanente o di volta in volta, altre persone a difendere cause dinanzi alla Corte stessa. La difesa delle amministrazioni dinanzi alle autorità di ogni ordine e grado può essere affidata, previo mandato del superiore gerarchico, ai capi degli uffici (art. 27).

L'art. 28 si occupa dei provvedimenti disciplinari nei confronti degli avvocati esercenti presso gli organi giudiziari dello Stato, che si siano resi colpevoli di abusi e mancanze nell'esercizio della loro professione.

Il potere di infliggere sanzioni deriva dal rapporto di supremazia speciale che si costituisce con l'iscrizione nell'albo tra il Tribunale e l'avvocato ed è pertanto attribuito al potere giudiziario cui spetta la tenuta dell'albo<sup>8</sup>. Non esiste, infatti, nell'ordinamento vaticano, un'organizzazione autonoma della professione forense alla quale fare riferimento al fine di attribuire la competenza in materia di tenuta dell'albo professionale, di emanazione delle norme deontologiche e di esercizio del controllo disciplinare degli iscritti.

---

<sup>6</sup> Il presidente del Tribunale determina, con propri provvedimenti, l'iscrizione all'albo e le tariffe professionali.

<sup>7</sup> Il requisito dell'iscrizione all'Ordine degli avvocati nello Stato di residenza ha il significato di implicito affidamento dell'ordinamento vaticano al sistema ordinistico in vigore in altri Stati.

<sup>8</sup> Vedi *retro* la nota 6. Il potere disciplinare è attribuito dall'art. 28, co. 4, alla Corte di Cassazione che è al vertice degli organi giudiziari.

La legge dispone che nei confronti degli avvocati esercenti presso gli organi giudiziari dello Stato possono essere irrogate le seguenti sanzioni disciplinari:

- a) avvertimento;
- b) censura;
- c) sospensione;
- d) radiazione.

Si tratta delle medesime tipologie di sanzioni previste dall'art. 52, comma 1, lettera c) della legge professionale forense del nostro ordinamento (l. 247/2012). Tuttavia, per quanto riguarda la sanzione della sospensione non vengono fissati limiti, né minimi né massimi, a differenza di quanto dispone la citata legge professionale che li indica nel minimo di due mesi e nel massimo di cinque anni.

In assenza di un codice deontologico<sup>9</sup> la norma in esame utilizza come parametri di riferimento per l'individuazione delle fattispecie costitutive degli illeciti disciplinari e per l'irrogazione delle sanzioni, fermo il principio della proporzionalità e quindi della gravità del fatto, i «casi di comportamenti e atteggiamenti scorretti che l'avvocato abbia assunto in danno degli organi giudiziari, dei colleghi, della parte assistita, della controparte o dei testimoni, periti e consulenti».

Attraverso siffatto rinvio ai comportamenti in danno dei vari protagonisti del processo, la norma è potenzialmente carica di contenuti consentendo di sottoporre a valutazione disciplinare un'amplissima casistica di comportamenti anche se non tradotti in specifiche norme osservanti del principio della tipizzazione della condotta e della espressa indicazione della sanzione applicabile<sup>10</sup>. La circostanza che l'illecito non sia stato espressamente tipizzato non esclude infatti che esso possa essere ricostruito sulla base della norma, di portata ge-

<sup>9</sup> Per la deontologia e i procedimenti disciplinari nell'ordinamento canonico non esiste un corpo normativo unico ma un complesso di norme dislocate soprattutto in vari testi legislativi e in documenti del Magistero pontificio, tra i quali ricordiamo: il Codice di diritto canonico, l'Istruzione *Dignitas Connubii* (Pontificio Consiglio dei Testi Legislativi, 25 gennaio 2005), che riguarda però solo le cause di nullità del matrimonio, la Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* (Giovanni Paolo II, 28 giugno 1988), le *leges propriae* del Tribunale Supremo della Segnatura Apostolica, del Tribunale Apostolico della Rota Romana e dei vari Dicasteri, il *Motu proprio Iusti Iudicis* (Giovanni Paolo II, 28 giugno 1988) e la relativa *Ordinatio* esecutiva (Segreteria di Stato, 23 luglio 1990). Va anche considerato che alcune norme deontologiche si rinvergono nella c.d. tradizione canonica (S. Tommaso d'Aquino, S. Alfonso Maria de Liguori).

<sup>10</sup> I molteplici rapporti, pubblicistici e privatistici, che si instaurano tra l'avvocato, il giudice, la parte assistita, i colleghi e la controparte, sono presi in esame analiticamente dal codice deontologico degli avvocati italiani emanato dal CNF il 31 gennaio 2014 e pubblicato sulla G.U. n. 241 del 16 ottobre 2014, il quale è informato al principio della tipizzazione della condotta disciplinarmente rilevante "per quanto possibile" (art. 3, co. 3 l. 247/2012) poiché la variegata e potenzialmente illimitata casistica di tutti i comportamenti costituenti illecito disciplinare non ne consente una individuazione dettagliata e tassativa.



nerale, contenuta nel canone 1486 del *Codex iuris canonici*, secondo la quale l'avvocato deve essere "di buona fama", formula che, per la sua indeterminatezza, può essere riempita di contenuti etici di ampia estensione<sup>11</sup>. Per la determinazione della pena nel caso di illecito atipico dovrà farsi comunque riferimento alle tipologie di sanzioni tassativamente previste dalla legge, tenendo conto del principio della proporzionalità.

Il procedimento disciplinare nei confronti degli avvocati che siano venuti meno ai doveri di correttezza si svolge in unico grado. L'azione disciplinare è promossa dal promotore di giustizia presso la Corte di Cassazione, al quale possono essere indirizzate le segnalazioni degli illeciti. Anche se la legge non ne parla, deve ritenersi che a tale organo spetta di provvedere all'istruttoria, di formulare l'incolpazione e di contestarla all'incolpato. Manca tuttavia una specifica regolamentazione di queste fasi del procedimento.

Il giudizio disciplinare è di esclusiva competenza della Corte di Cassazione, non essendo prevista nell'ordinamento vaticano – come si è sopra accennato – un'organizzazione della professione forense autonoma e indipendente dal potere giudiziario. La Corte provvede dopo avere assicurato all'incolpato il diritto di difendersi anche mediante il deposito di memorie, atti e documenti. È sempre disposta l'audizione dell'incolpato che ne faccia richiesta. Si desume da queste scarse disposizioni che l'incolpato può difendersi personalmente e che il giudizio disciplinare davanti alla Corte di Cassazione non è di mera legittimità ma è esteso al merito.

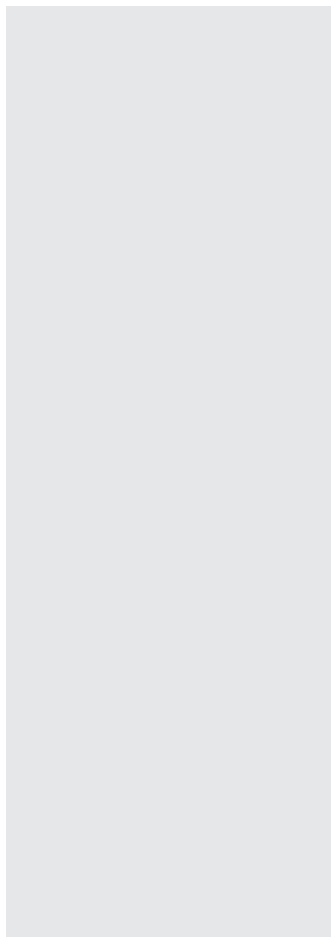
Nonostante il collegamento tra ordinamenti, a cui si è fatto cenno a proposito dei requisiti per l'iscrizione nell'albo del Tribunale vaticano, la legge non prevede la comunicazione delle decisioni disciplinari all'Ordine professionale dello Stato di residenza dell'avvocato sanzionato.

---

<sup>11</sup> L'art. 1 della l. n. LXXI sulle fonti del diritto, del 1 ottobre 2008, richiamata nella *Premessa* alla legge in esame, afferma che «L'ordinamento giuridico vaticano riconosce nell'ordinamento canonico la prima fonte normativa e il primo criterio di riferimento interpretativo».



# DIRITTO EUROPEO E COMPARATO





## **Il riconoscimento dei figli nati mediante maternità surrogata: fra interessi coinvolti, valori costituzionali e nuove prospettive della giurisprudenza**

Nota a Cassazione - Ordinanza interlocutoria 29 aprile 2020, n. 8325

Annalisa Pomes

---

Il concetto di famiglia nello scenario attuale manifesta contorni labili, potendo ricondurre al suo interno membri non necessariamente legati da rapporti biologici.

Il vocabolo “genitore” evoca ontologicamente l’idea della creazione; oggi potremmo dire che questa possa essere intesa come costituzione di un rapporto con la propria prole, a prescindere dal contributo genetico.

Del resto le famiglie allargate sono il frutto dei tempi moderni e testimoniano come i figli siano di chi li cresce, impegnandosi a costruire con loro una relazione stabile.

Accanto alle famiglie allargate, proliferano i casi di legami familiari attuati per mezzo di tecniche di procreazione assistita, utili a consentire che venga esaudito il desiderio della genitorialità allorquando questo non possa essere portato a termine in modo naturale.

Tra queste tecniche, figura anche la maternità surrogata, pratica che ha irrotto nel nostro sistema facendo scolorire il senso del famoso brocardo latino per cui *mater semper certa est*.

Il divieto di accedere alla procedura non può determinare il disinteresse verso quest’ultima, dal momento che i suoi effetti si riverberano nel nostro ordinamento tutte le volte in cui le coppie fanno ricorso al c.d. turismo procreativo.

Tali effetti riguardano la possibilità di riconoscere o meno nel territorio nazionale il provvedimento straniero con il quale vengono dichiarati genitori di un minore i soggetti che non hanno contribuito biologicamente ovvero che hanno contribuito solo in parte alla sua nascita.

Fino ad oggi, tale possibilità è stata esclusa, evocando quale limite al riconoscimento l’ordine pubblico internazionale.

Di recente, tuttavia, un’ordinanza interlocutoria della Suprema Corte di Cassazione ha messo in discussione i principi giurisprudenziali che fondavano tale esclusione, rimettendo alla Corte Costituzionale la questione circa il contrasto

che una tale soluzione genera nel nostro ordinamento con i valori costituzionali dell'uguaglianza, della ragionevolezza e della proporzionalità.

Nel presente contributo, si analizzerà dapprima il caso che, arrivato in Cassazione, ha determinato la necessità di sollevare la questione di rilevanza costituzionale, per poi analizzare le ragioni per le quali la Cassazione ha ritenuto imprescindibile concludere la sua pronuncia con la rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

## I fatti della causa

La vicenda trae origine dal riconoscimento di una sentenza emessa in Canada nel 2017 con la quale sono stati dichiarati genitori di un bambino, nato mediante surrogazione di maternità, due coniugi dello stesso sesso.

In particolare il bambino è stato concepito tramite la fecondazione di un ovocita di una donatrice anonima con i gameti di uno dei due coniugi con successivo impianto dell'embrione nell'utero di una diversa donna, che ha portato a termine la gravidanza e il parto.

Nell'atto di nascita, formato in Canada, il coniuge donatore dei gameti era stato indicato quale unico genitore del minore, non comparso nell'atto né la donatrice dell'ovocita né la c.d. madre gestazionale.

Tuttavia, tramite ricorso presso la Suprema Corte della *British Columbia*, i coniugi, cittadini italiani, coniugati in Canada e uniti civilmente in Italia, avevano ottenuto il riconoscimento della genitorialità di entrambi e la conseguente modifica dell'atto di nascita.

Per tale motivo, gli stessi si erano rivolti al Comune di Verona al fine di rettificare l'atto di nascita, già trascritto, vedendosi opporre il rifiuto da parte dell'ufficiale di Stato.

Da tale opposizione è scaturita la richiesta, *ex art. 702-bis c.p.c.*, di rendere esecutoria in Italia la sentenza canadese, richiesta accolta dalla Corte di Appello di Venezia sulla base di diverse motivazioni, tutte riconducibili alla esigenza di tutelare il superiore interesse del minore, ed in particolare il suo diritto al riconoscimento dei legami familiari e al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La Corte veneziana ha anche disatteso la necessità che il minore debba avere due genitori di sesso diverso, sottolineando come nell'ordinamento sia contemplata la possibilità che il minore abbia due figure genitoriali dello stesso sesso, nell'ipotesi in cui uno dei due genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione del proprio sesso. Inoltre, la Corte ritiene che i divieti imposti dalla l. n. 40 del 2004 non siano espressione di principi fondamentali, ma frutto di scelte discrezionali del legislatore. Infine, la Corte afferma come non possa assumere un ostacolo al riconoscimento della sentenza straniera l'art. 12 della l. n. 40 del 2004, che punisce penalmente la realizzazione, l'organizzazione e la pubblicizzazione della maternità surrogata, dato che «il divieto e la sanzione penale non si sovrappongono alla valutazione del miglior interesse del minore concepito all'estero con tali tecniche, il quale non può essere privato dello *status* legittimamente acquisto nel Paese in cui è nato».

A seguito della decisione della Corte veneziana, l'Avvocatura dello Stato ha proposto ricorso in Cassazione.

### **La questione di legittimità costituzionale proposta dalla Corte**

La Suprema Corte, con l'ordinanza interlocutoria n. 8325 del 29 aprile 2020, ha deciso di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 comma 6 della l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, d.P.R. n. 396 del 2000, art. 18 e art. 64, comma 1, lett. g), l. n. 218 del 1995, nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri, altrimenti detta maternità surrogata del c.d. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., art. 117 Cost., comma 1, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176 e dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Tale decisione è scaturita in quanto, pur dominando un panorama giurisprudenziale consolidato sul tema, un recente parere emesso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sembrerebbe imporre di rivedere le conclusioni a cui fin ora è giunta la Suprema Corte.

### **L'orientamento prevalente in giurisprudenza**

Tra tutte le decisioni espresse sulla questione del riconoscimento dei provvedimenti stranieri in Italia di attribuzione della genitorialità in capo a soggetti che non hanno contribuito biologicamente alla stessa, merita di essere richiamata la sentenza a Sezioni Unite della Suprema Corte n. 12193 del 2019, pronuncia che sembrava aver messo definitivamente fine ai contrasti sul punto perché aveva, tra l'altro, cercato di stabilire un equilibrio fra i vari interessi in gioco.

Tale decisione ha categoricamente escluso, richiamando quale limite invalicabile l'ordine pubblico, la possibilità del riconoscimento di tali provvedimenti; al contempo, la decisione ha enfatizzato il ruolo dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 comma 1 lett. d) della l. n. 184 del 1983<sup>2</sup>, intesa

---

<sup>2</sup> In Italia esistono due modelli di adozione: l'adozione legittimante o piena e quella in casi particolari, che è consentita qualora non siano presenti i presupposti per l'adozione legittimante, come ad esempio lo stato di abbandono del minore. L'adozione legittimante o piena, che consente l'adozione (nazionale o internazionale) di bambini in stato di abbandono (art. 6 l. n. 184 del 1983), è concessa alle coppie eterosessuali sposate e comporta l'equiparazione degli adottanti ai genitori naturali, con la conseguenza che il minore perde ogni rapporto giuridico con i propri genitori biologici. L'adozione in casi particolari, di



quale strumento efficace a costituire un rapporto fra il minore e il genitore intenzionale.

Nel telaio argomentativo della sentenza, l'ordine pubblico viene in rilievo come principio fondante il divieto di maternità surrogata<sup>3</sup>.

In particolare, la Corte ha affermato che il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione fra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione trova ostacolo nel divieto, punito penalmente, di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12 comma 6 della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della donna e l'istituto dell'adozione.

In sostanza la Corte, con tal pronunciamento, enfatizza l'interesse del minore, ma non in modo assoluto: l'interesse deve essere calato nel contesto di riferimento; nel caso in cui si configuri la fattispecie di maternità surrogata, deve essere considerato recessivo rispetto a quello della genitrice biologica, gestante e partoriente. Ciò non toglierebbe rilievo al diritto del bambino di fondare un rapporto con il genitore intenzionale, tramite l'adozione.

### **Il parere della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il conflitto con il diritto vivente in Italia**

Secondo la Cassazione del 2020, l'orientamento maggioritario in giurisprudenza si pone in contrasto con il parere espresso il 10 aprile 2019 da parte della *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti umani in merito alle questioni sollevate dalla Adunanza Plenaria della Corte di Cassazione francese con la decisione interlocutoria n. 638 del 5 ottobre 2018.

contro, è accessibile anche ai singoli ed alle coppie eterosessuali non sposate; tuttavia, non consente alcuni effetti derivanti dall'adozione piena, quali, ad esempio, l'instaurazione di un rapporto di parentela con i parenti del genitore adottivo né il diritto all'eredità da parte di quest'ultimo in caso di morte del figlio.

<sup>3</sup> Nella sentenza, la Cassazione ha espresso il seguente principio di diritto: «Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dalla l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dalla l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d)».

Tale parere riveste una massima importanza non solo per le affermazioni rese ma anche perché rappresenta il primo parere emesso in esecuzione del Protocollo n. 16 allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, entrato in vigore il primo ottobre 2018<sup>4</sup>, per dieci Paesi<sup>5</sup> tra i quali non figura l'Italia<sup>6</sup>.

La questione alla base del parere non è sconosciuta, avendo ad oggetto i casi *Menneesson contro Francia e Labassee contro Francia*<sup>7</sup>.

In tali fattispecie, la Francia si era opposta alla richiesta di trascrizione nel registro dello stato civile degli atti di nascita di minori nati all'estero mediante le tecniche di maternità surrogata. In entrambe le ipotesi, la Corte EDU si è espressa in modo dicotomico: da un lato riconoscendo il margine di apprezzamento dello stato francese in relazione al diritto alla vita familiare dei genitori; dall'altro sancendo la violazione del diritto alla vita privata dei figli<sup>8</sup>, diritti en-

<sup>4</sup> Nel rapporto esplicativo al Protocollo n. 16 si evidenzia che la formulazione di cui all'art. 1, par. 1, Protocollo n. 16, trae ispirazione dall'art. 43, par. 2 della Convenzione, il quale sancisce che il rinvio di un caso dinanzi alla Grande Camera è ammesso quando «la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale».

<sup>5</sup> I Paesi che hanno ratificato il protocollo sono Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina. L'Italia, pur avendo tempestivamente firmato il Protocollo, il 2 ottobre 2013, non lo ha ancora ratificato.

<sup>6</sup> Cfr. E. SELVAGGI, *Il protocollo n. 16 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: anche alla Corte di Strasburgo potranno essere poste questioni pregiudiziali*, in *Cassazione Penale*, 2014, p. 2311; E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Milano 2015; D. MARTIRE, *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali entra finalmente in vigore*, in *Diritti Comparati*, 16 aprile 2018; R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta Online*; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 2014, 1; D. VIGONI, *Entra in vigore (ma non per l'Italia) il Protocollo n. 16 alla CEDU che consente di richiedere alla Corte EDU un parere consultivo*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2018, 6.

<sup>7</sup> CEDU, quinta Sezione, 26 giugno 2014, *Manneesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11 e CEDU, quinta Sezione, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11.

<sup>8</sup> La Corte EDU afferma che sul tema della maternità surrogata bisogna riconoscere un ampio margine di apprezzamento agli Stati membri, perché esso si intreccia inevitabilmente con scelte di tipo etico. Il margine di apprezzamento, osserva però la Corte, si restringe laddove vengono in rilievo questioni legate alla genitorialità e che pertanto riguardano un aspetto particolarmente intimo dell'identità di un individuo. In questo caso, spetta alla Corte verificare che ci sia stato un giusto bilanciamento tra gli interessi perseguiti dallo Stato e gli interessi dell'individuo direttamente coinvolto sotto il profilo della compatibilità con il rispetto dei diritti fondamentali. Nel condurre tale scrutinio, la Corte ritiene opportuno distinguere il diritto dell'uomo e della donna che hanno fatto ricorso alla surrogazione di maternità al rispetto della loro vita familiare; dal diritto dei minori nati dalla madre surrogata al rispetto della loro vita privata. Per quanto riguarda la vita familiare della coppia che ha fatto

trambi tutelati dall'art. 8 CEDU<sup>9</sup>.

Tali pronunce hanno determinato un ribaltamento dell'orientamento giurisprudenziale francese, che oggi favorisce la trascrizione di un atto di nascita avvenuto tramite la maternità surrogata qualora il padre intenzionale coincida con quello biologico.

La possibilità di trascrivere un siffatto atto di nascita, consentendo di attribuire rilevanza alla genitorialità del c.d. padre intenzionale, lascerebbe tuttavia aperto, secondo i giudici francesi, il dubbio rispetto agli obblighi dello stato in relazione alla posizione della madre con la quale non vi è un legame biologico<sup>10</sup>.

ricorso alla surrogazione di maternità all'estero, la Corte osserva che non vi è dubbio che la loro vita familiare sia stata influenzata negativamente dal mancato riconoscimento dello *status* di genitori ai sensi del diritto francese; tuttavia, tali difficoltà non sono insormontabili e non incidono diritti quali la dignità. Per quanto concerne il diritto dei minori nati da madre surrogata al rispetto della vita privata, il rispetto per la vita privata include il primario interesse a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio *status* di figlio o di figlia di una coppia di genitori. Sulla base del diritto francese, però, i bambini nati all'estero facendo ricorso a surrogazione di maternità si trovano in una situazione di incertezza giuridica. Il mancato riconoscimento da parte dell'ordinamento francese del loro *status* di figli della coppia per conto della quale la gravidanza è stata portata a termine, mette in pericolo la loro identità all'interno della società francese. Pertanto, osserva la Corte, gli effetti del mancato riconoscimento nell'ordinamento francese del rapporto di parentela tra i bambini nati da madre surrogata e la coppia che ha fatto ricorso all'estero alla surrogazione di maternità, non sono confinati alla sfera giuridica dei genitori – che sono i soli ai quali può essere imputata la scelta di ricorrere a una tecnica di procreazione vietata in Francia – ma si estendono anche alla sfera giuridica dei minori, incidendo sul loro diritto al rispetto della vita privata, che implica la possibilità da parte di ciascuno di definire i contenuti essenziali della propria identità, compresi i rapporti di parentela. A parere della Corte, le considerazioni sin qui svolte assumono una rilevanza ancora maggiore quando uno dei genitori che è ricorso alla surrogazione di maternità è anche il padre biologico dei minori, come è accaduto nel caso di specie. Tenuto conto che la parentela biologica è una componente importante dell'identità di ciascun individuo, non si può certo affermare che corrisponda al supremo interesse del minore privarlo del riconoscimento giuridico del rapporto di parentela quando tale rapporto corrisponde alla realtà biologica e quando il minore e il genitore richiedono il pieno riconoscimento di tale rapporto.

Non consentendo il riconoscimento e l'instaurazione di un rapporto giuridico di parentela tra bambini nati da madre surrogata e il loro padre biologico, lo Stato francese ha oltrepassato il margine di apprezzamento consentito. Tenuto conto dell'importanza che è necessario riconoscere all'interesse del bambino nel bilanciamento degli interessi in conflitto, la Corte conclude che nel caso di specie il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata è stato violato. Cfr. T. TRINCHERA, *Viola l'art. 8 della Cedu lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in *diritto penale contemporaneo*, 6 luglio 2014.

<sup>9</sup> L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, II/2016, pp. 148 s.

<sup>10</sup> I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 6 della Cedu: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *Sidiblog*, 6 maggio 2019.

Tale incertezza ha dato origine alla necessità di investire il potere consultivo della Corte EDU.

In particolare la Corte francese ha chiesto, con il primo quesito, se rientri nell'ambito del margine di apprezzamento concesso allo Stato ai sensi dell'art. 8 CEDU la possibilità di rifiutare la trascrizione di un atto di nascita di un minore nato all'estero da maternità surrogata quando vi sia indicata la madre committente come madre di diritto, accettando invece la trascrizione per quanto riguarda il padre con il quale vi è un legame biologico, e se in tal caso, occorra distinguere a seconda del fatto che sia stato utilizzato o meno del materiale genetico della stessa nel processo di fecondazione. Con il secondo quesito, il giudice francese chiede se, in caso di risposta affermativa, la possibilità per la madre di intenzione di adottare il figlio del proprio coniuge, padre biologico, permetta di rispettare le prescrizioni dell'art. 8 CEDU, costituendo un modo alternativo di instaurazione del rapporto di filiazione nei suoi confronti.

La Corte EDU ha risposto positivamente al primo quesito, affermando come l'art. 8 della CEDU imponga allo Stato di fornire un riconoscimento legale della relazione fra il minore e la madre d'intenzione. Tutela, quest'ultima, che va riconosciuta vieppiù nel caso in cui il minore sia stato generato mediante maternità surrogata realizzata anche con materiale biologico della madre d'intenzione.

Molto più articolata è stata la risposta al secondo quesito, i cui risvolti rilevano in relazione alla questione in esame.

La Corte ha affermato che l'adozione da parte della madre intenzionale può ritenersi accettabile, come modello alterativo di instaurazione del rapporto legale di filiazione, solo a patto che le modalità previste dal diritto interno per l'adozione garantiscano l'effettività e la celerità del riconoscimento e che esso risulti conforme all'interesse superiore del minore<sup>11</sup>.

La Grande Camera ha precisato come l'art. 8 CEDU non imponga un obbligo agli Stati di riconoscere un rapporto di filiazione con la madre intenzionale. Piuttosto tale disposizione richiede che, nel superiore interesse del minore, da accertare in concreto e non in astratto, sia garantito il riconoscimento del legame stabilito all'estero<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> La Corte ha chiarito che la legislazione nazionale dello Stato richiedente è tenuta a consentire la possibilità di riconoscere la filiazione con la madre intenzionale in forza del diritto del minore al rispetto della vita privata. Tuttavia, l'art. 8 CEDU non impone che tale riconoscimento assuma la forma della diretta trascrizione nel registro di stato civile del certificato di nascita emesso all'estero. In tale ipotesi, secondo il parere consultivo della Corte, il rapporto con la madre intenzionale può essere costituito in modo separato, attraverso modalità interne diverse quale, ad esempio, una domanda di adozione del bambino. Tuttavia, quale che sia la procedura stabilita a tal fine dalla legislazione nazionale, essa deve poter essere attuata nello Stato contraente rapidamente ed efficacemente, nel rispetto dell'interesse superiore del minore.

<sup>12</sup> O. FERACI, *Il primo parere consultivo della Cedu su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019.

Ed è proprio da tale affermazione che nasce l'insanabile conflitto con il diritto vivente in Italia.

La Corte di Cassazione, nell'ordinanza interlocutoria, si chiede infatti se lo strumento dell'adozione previsto nel nostro ordinamento consenta di rendere effettiva la costruzione di un rapporto familiare con il minore da parte del genitore c.d. intenzionale.

In particolar modo, la Corte intravede due profili di criticità: il primo concerne l'affermazione generale ed astratta, formulata dalla giurisprudenza domestica, secondo cui il divieto di maternità surrogata rappresenterebbe un principio di ordine pubblico internazionale, volto a vietare la pratica di gestazione per altri e nello stesso tempo a scoraggiare tutte le conseguenze derivanti da quest'ultima, facendo così declassare l'interesse del minore ad interesse recesivo rispetto al divieto, senza valutare i singoli casi concreti.

Il margine di apprezzamento degli Stati europei si arresta, secondo la Corte EDU, alla libertà di prevedere il divieto di maternità surrogata, perché indubbiamente la scelta implica decisioni su temi eticamente sensibili, non sindacabili dalla Corte; tuttavia, la scelta di principio non deve estendersi fino a determinare la compromissione dei diritti del minore, negandoli irrimediabilmente<sup>13</sup>.

Il secondo profilo di criticità ha ad oggetto l'istituto dell'adozione, che, secondo il ragionamento dell'ordinanza interlocutoria, non può essere considerato uno strumento equivalente al riconoscimento del minore da parte del genitore intenzionale.

### **Il divieto di maternità surrogata**

La maternità per sostituzione, detta anche locazione o affitto d'utero, gestazione per altri o per conto di altri, indica la tecnica di procreazione medicalmente assistita attraverso la quale una donna, provvede alla gestazione della gravidanza su commissione di una o più persone, definite genitori intenzionali o sociali del nascituro<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Secondo la Corte EDU, è legittimo che uno Stato parte della Convenzione imponga misure dissuasive nei confronti dei propri cittadini che intendano ricorrere all'estero a forme di procreazione vietate nel proprio territorio, anche se tali misure incidono sulle situazioni soggettive di coloro che mettano in pratica tale intendimento; tuttavia non è consentito agli Stati adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestione per altri e abbiano l'effetto di negare i diritti inviolabili connessi all'identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine.

<sup>14</sup> A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, pp. 415 ss.; A.B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano 2002; F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in C.A. GRAZIANI - I. CORTI (a cura di), *Verso nuove forme di maternità*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 123 ss.

La pratica in esame, che sembrerebbe essere il frutto dell'innovazione biotecnologica, affonda invece le sue radici nell'antichità del mondo egizio, in cui spesso i faraoni sposavano le loro sorelle, affidando alle loro schiave il compito di partorire i propri figli. Altresì per il mondo dell'antica Roma la tecnica non era sconosciuta: i mariti spesso concedevano le proprie mogli a coppie sposate che erano impossibilitate ad avere figli per consentire loro di portare a termine un progetto di vita familiare<sup>15</sup>. In proposito, celeberrimo è l'episodio riconducibile a Catone, e alla sua seconda moglie Marcia, che venne "data in prestito" all'amico Ortensio, sposato con una donna sterile, per consentirgli di avere un figlio.

Anche Ottaviano, futuro Augusto, convinse Tiberio Claudio Nerone a cederle la sua moglie, Livia Drusilla Claudia, per procreare suo figlio Druso.

Nel diritto romano, la prassi della *locatio ventris* affondava le proprie radici nell'esigenza di favorire la nascita di discendenti<sup>16</sup> per garantire continuità alla stirpe<sup>17</sup>, nonché per rafforzare legami politici tra dinastie diverse.

Oggi le esigenze che giustificano una tale procedura sono da ricercare più che altro nel bisogno di portare a termine progetti familiari che la natura non consente per motivi di salute.

All'ipotesi tradizionale, che prevede la fecondazione della donna da parte del seme di un uomo, si affianca quella della gravidanza surrogata gestazionale, caratterizzata dall'impianto nell'utero di un ovulo già fecondato in vitro<sup>18</sup>.

In questo ultimo caso, si verifica il coinvolgimento di tre diverse donne: la gestante, madre uterina o biologica, che ha il ruolo di portare a termine la gravidanza ed il parto; la madre genetica, normalmente anonima, che è colei che fornisce il materiale genetico, donando gli ovociti; e la madre sociale o intenzionale, che, impossibilitata a generare la vita, si affida alle altre due donne per realizzare il suo desiderio di maternità, in accordo con il proprio coniuge.

È manifesta dunque la differenza con la fecondazione eterologa, nella quale non compare la figura della madre gestante<sup>19</sup>. Ed altresì evidenti sono i rilievi

<sup>15</sup> Si vedano in proposito M.V. AVANZINELLI, *Sterilità e fecondità delle donne bibliche*, Storia delle donne, 1, Firenze 2005, p. 75; E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma*, IV. Caratteri e morfologia, Torino 1989, pp. 590 ss.; L. CANFORA, *Studi di storia della storiografia romana*, Bari 1993; I. PIRO, *Usi in manu convenire*, Napoli 1994, pp. 93 ss.; M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la cosiddetta cessione di moglie*, Giappichelli, Torino 2010.

<sup>16</sup> Considerati *fili legitimi*, in quanto legati al *pater* da legami giuridici.

<sup>17</sup> Per poter consentire la pratica, la moglie doveva essere ancora in età fertile e doveva aver già procreato dei figli durante il matrimonio con il proprio marito. L'uomo che richiedeva la cessione doveva essere a sua volta sposato con una donna fertile. Entrambi i mariti dovevano prima divorziare e il marito che si avvelava della moglie dell'altro doveva prima sposarla. Realizzato lo scopo, il cessionario poteva divorziare e remanipare o manomettere la donna.

<sup>18</sup> S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, *BioLaw Journal -Rivista di BioDiritto*, 2/2019.

<sup>19</sup> La fecondazione omologa avviene qualora il seme e l'ovulo appartengono entrambi ai genitori del nascituro, mentre la fecondazione eterologa si configura nell'ipotesi in cui il



giuridici che determina la surrogazione di maternità nel nostro ordinamento, il quale prevede l'attribuzione della maternità a colei che partorisce<sup>20</sup>, al fine di tutelare la sua dignità e personalità e di riconoscere giuridicamente quel legame indissolubile che lega la madre al proprio figlio.

Il tema della maternità surrogata comporta una duplice osservazione del fenomeno, da due prospettive diverse.

La prima, di più facile analisi, riguarda l'*an* della ammissibilità di una tale pratica.

Nel nostro ordinamento, quest'ultima assume le forme dell'illecito penale, essendo vietata ai sensi dell'art. 12, co. 6 della legge n. 40 del 2004<sup>21</sup>, pertanto non sono ammesse forme di ricorso a tecniche di gestazione per altri<sup>22</sup>.

Tuttavia, il divieto sancito nella nostra legislazione non è in grado di impedire il ricorso a tale forma di procreazione fuori dai confini domestici<sup>23</sup>, in territori dove la stessa è praticabile<sup>24</sup>.

Ciò comporta la necessità di osservare il fenomeno dalla diversa prospettiva a cui prima si accennava, vale a dire da quella finalizzata ad esaminare i risvolti, nell'ordinamento interno, di una tale pratica posta in essere altrove.

L'elusione del divieto da parte dei "genitori" determina effetti irreversibili che si ripercuotono sulla vita di un soggetto, frutto delle scelte di coloro che hanno deciso volontariamente e consapevolmente di metterlo al mondo, che non ha preso parte del programma decisionale dei propri "genitori" e che pertanto non è giusto che ne risponda.

---

seme o l'ovulo appartengono ad un terzo donatore. In proposito, si ricorda che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 192 del 9 aprile 2014 ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 comma 3 della l. n. 40 del 2004, permettendo ai coniugi italiani il ricorso alla fecondazione eterologa, nei casi di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché (per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 96 del 2015) nel caso di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui alla l. 22 maggio 1978, n. 194, art. 6, comma 1, lett. b).

<sup>20</sup> Il comma terzo dell'art. 269 c.c. stabilisce che: «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

<sup>21</sup> Art. 12, co. 6 l. n. 40 del 2004: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblica la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

<sup>22</sup> F. SANTUSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Giuffrè, Milano 2004.

<sup>23</sup> Il riferimento è al c.d. turismo procreativo.

<sup>24</sup> Tra i Paesi che consentono la GPA gratuita si possono ricordare il Belgio, l'Australia, il Regno Unito, i Paesi Bassi, la Danimarca, l'Ungheria, l'Irlanda, l'Australia, il Canada, gli Stati Uniti (soltanto alcuni Stati, come lo Stato di New York, il New Jersey, New Mexico, Virginia e Washington), la Grecia. Permettono, invece, il ricorso alla GPA commerciale la Russia, l'Ucraina, la Georgia, l'Armenia, Cipro, l'India, la California, la Florida, l'Illinois, il Texas e il Massachusetts.



Si potrebbe tornare per un momento indietro all'analisi del fenomeno dalla prima prospettiva ed interrogarsi se a priori sia legittimo impedire il ricorso a forme di procreazione mediante tecniche di surrogazione di maternità.

Ma questo implicherebbe la necessità di inerpinarsi su terreni scivolosi che postulano riflessioni di carattere morale.

Semmai sarebbe utile solo accennare alla distinzione fra maternità surrogata altruistica, orientata a fini solidaristici di sostegno a coloro che desiderano realizzare un progetto di vita familiare ma sono sprovvisti dei mezzi naturali per farvi fronte, e quella di tipo commerciale, che ammette un corrispettivo per l'opera prestata dalla gestante, rendendo deplorabile quello che, senza la monetizzazione della prestazione, sarebbe un gesto di "estremo" aiuto<sup>25</sup>.

Ad ogni modo, come già accennato, la pratica della maternità surrogata del nostro ordinamento non è ammessa, in quanto offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane<sup>26</sup>.

Il *punctum dolens* riguarda la strada da intraprendere qualora il divieto viene dalle coppie arginato, ossia la possibilità o meno di trascrivere l'atto di nascita, formato all'estero, una volta che le coppie fanno rientro in Italia.

Il problema si potrebbe dire *prima facie* di facile soluzione dato che per diversi anni l'orientamento giurisprudenziale è stato in merito granitico nell'escludere la trascrizione dell'atto di nascita, individuando nell'ordine pubblico internazionale l'ostacolo a tale riconoscimento.

L'ordine pubblico internazionale è definito come il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna<sup>27</sup>.

Il concetto è omnicomprendente, potendosi ricondurre allo stesso sia principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale, sia principi e valori nazionali, purché fondamentali e pertanto irrinunciabili.

Enfatizzando valori fondamentali, quali la dignità della donna, la giurisprudenza ha ritenuto inammissibile il riconoscimento di atti di nascita di bambini

---

<sup>25</sup> Sulle diverse tipologie di maternità surrogata si veda M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, II/2010, pp. 358 ss.; E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed effettività*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli 2016, pp. 213 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano 2017, pp. 25 ss. e 136 ss.; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *www.costituzionalismo.it*, I/2017, pp. 183 ss.

<sup>26</sup> Corte Costituzionale, n. 272 del 2017.

<sup>27</sup> Corte di Cassazione, Sezione I, sentenza n. 24001/2014. Cass., 11 novembre 2014, n. 240001, in *Foro it.*, I-34/2014, p. 14, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con nota di F. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*.

nati mediante le tecniche di maternità surrogata<sup>28</sup>.

Non potendosi procedere al riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico degli atti posti in essere in violazione del divieto di surroga di maternità previsto entro l'ordinamento italiano, la soluzione individuata dalla Cassazione per garantire la continuità dello *status filiationis* consiste nella possibilità di attribuire rilievo al rapporto di filiazione con il genitore intenzionale tramite l'istituto dell'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, primo comma, lett. d) della l. n. 184 del 1983.

### Il superiore interesse del minore

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza interlocutoria in esame, rileva come il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona, concorra, al pari della dignità della donna, alla formazione del principio di ordine pubblico e costituisca un valore che è parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano, che pertanto non può essere ritenuto recessivo rispetto all'interesse della donna partoriente e che non può trovare adeguata tutela tramite lo strumento dell'adozione<sup>29</sup>.

Escludere il riconoscimento dell'atto di nascita straniero significa contribuire a determinare una battuta di arresto nel percorso finalizzato a garantire piena tutela ai figli, attualmente completamente parificati, a prescindere dal contesto e dalle modalità della loro nascita<sup>30</sup>; da qui dunque nasce il contrasto fra l'interpretazione ostativa al riconoscimento e il principio di uguaglianza: il diniego di trascrizione favorisce la discriminazione dei figli a seconda delle circostanze della nascita e delle modalità di gestazione.

Il riconoscimento del provvedimento straniero non rappresenterebbe invece un'implicita legittimazione del contratto di maternità surrogata, bensì permetterebbe di escludere che possano ricadere effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità in merito alle modalità, del tutto legittime nel Paese di nascita, che gli hanno permesso di venire al mondo. Del resto, la "condanna" dei genitori non può passare attraverso il "sacrificio" dei figli<sup>31</sup>, con la conseguenza di un "effetto espansivo" della sanzione penale nei loro confronti.

<sup>28</sup> Il primo caso al riguardo è stato posto all'attenzione della Suprema Corte nel 2014 (sent. N. 240001). In tale sentenza la Cassazione ha affermato che dal divieto di maternità surrogata discende necessariamente la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore.

<sup>29</sup> cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam.*, 2005, pp. 211 s.

<sup>30</sup> L'adozione, così come l'accesso alle tecniche di procreazione eterologa, permettono di considerare come lo stato di filiazione prescinda dal contributo genetico dei genitori.

<sup>31</sup> La Cassazione, nell'ordinanza interlocutoria, ricorda che anche quando la nascita è dovuta ad una condotta dei genitori punita dall'ordinamento, come nel caso dell'adulterio, dello stupro dell'incesto, il figlio acquista legalmente il proprio stato.

Pervenire a conclusioni diverse comprometterebbe irrimediabilmente il diritto del minore ad instaurare un rapporto familiare con coloro che hanno scelto di dargli la vita, rapporto che, non può essere garantito in maniera appagante dall'adozione<sup>32</sup>, in quanto quest'ultima non determina una situazione di completa equiparazione a quella che si determina con la filiazione.

L'adozione, inoltre, richiede l'espletamento di un *iter* decisionale lungo e incerto, che stride con l'esigenza di celerità nella definizione della situazione e che dunque comporta per il minore un periodo di attesa, caratterizzato da incertezza giuridica sulla propria condizione.

Per di più, l'adozione in casi particolari non crea legali parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti<sup>33</sup>.

Inoltre, la Suprema Corte evidenzia irragionevolezza nella scelta di consentire la trascrizione dell'atto di stato civile in cui è inserito solo il padre biologico, autore della condotta procreativa realizzata in contrasto con la norma penale, precludendo invece il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato l'inserimento nello stato civile della famiglia anche del padre d'intenzione, che è di contro rimasto estraneo alla condotta.

## Conclusione

L'ordinanza in esame risulta di indubbio interesse perché irrompe nel sistema attuale, con l'intenzione di ribaltare l'orientamento prevalente al fine di garantire una più ampia tutela possibile al minore.

Il *leitmotiv* della pronuncia può essere agevolmente ricercato nella "certezza" e nella esigenza di far prevalere la verità intenzionale su quella biologica.

Pur non legittimando la pratica della surrogazione della maternità, la Cassazione, nell'ordinanza, prende atto del fatto che, una volta che il divieto viene arginato, gli interessi in gioco si moltiplicano. Non si tratta più solo dell'esigenza di tutelare l'interesse materno alla procreazione e alla costituzione di un legame affettivo con il proprio figlio, interesse in quale modo "sbiadito" dal fatto

---

<sup>32</sup> Secondo la Cassazione, «il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei due genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del Paese di nascita comporta l'alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni gravemente nocive nei confronti del minore che vede messa in discussione e negata la unicità e inscindibilità della sua relazione genitoriale nello spazio e subisce una grave menomazione *ex post* della relazione con il genitore intenzionale e gli effetti negativi di una artificiale situazione di disparità e di potenziale conflittualità fra coloro che ha percepito entrambi come genitori [...]. In altri termini, l'appartenenza ad una comunità familiare non tollera geometrie variabili in funzione del luogo in cui si trova o andrà a vivere il minore».

<sup>33</sup> Ricorda inoltre la Corte come l'adozione in casi particolari sia soggetta alla volontà del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria italiana per richiederla e quindi lascia aperta la possibilità di sottrarsi all'assunzione di responsabilità già manifestata e legittimata nel Paese in cui il minore è nato.

che entrambe le donne coinvolte hanno scelto volontariamente di sottoporsi alla pratica, ma soprattutto della necessità di garantire pieno riconoscimento ed attuazione dei diritti di chi, terzo rispetto al contratto, ha subito gli effetti delle altrui scelte.

Ecco che la volontà di non sacrificare eccessivamente la posizione del minore rende, secondo la Cassazione, indispensabile un ripensamento delle posizioni fin ora espresse.

Del resto la stessa giurisprudenza ha elaborato il principio di diritto per cui il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero, i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>34</sup>.

Non resta che aspettare il tanto atteso intervento del Giudice delle leggi.

Tuttavia, una riflessione finale risulta ancora doverosa e riguarda l'omogeneità del sesso dei genitori, che non deve essere considerata un vero ostacolo al riconoscimento.

Allo stato attuale lo stesso trattamento è riservato alle coppie eterosessuali, si auspica pertanto che, l'eventuale mutamento della impostazione fin ora adottata non generi una differenziazione a seconda della situazione, con il rischio di inciampare così di nuovo nella violazione dei principi di uguaglianza e non discriminazione nei confronti del minore e dei suoi genitori.

\* \* \*

#### CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE PRIMA CIVILE

Ordinanza interlocutoria 29 aprile 2020, n. 8325

(OMISSIS) I sigg.ri F.P. e B.F. hanno proposto ricorso *ex art.* 702 bis c.p.c., alla Corte di appello di Verona a seguito del rifiuto loro opposto dall'ufficiale di stato civile del Comune di Verona, di trascrivere l'atto di nascita del minore B.F.P., nato in (OMISSIS), nel quale si attesta che il medesimo è il figlio dei ricorrenti.

Al riguardo, i ricorrenti, cittadini italiani, coniugati in (OMISSIS), con matrimonio trascritto in Italia nel registro delle unioni civili nel (OMISSIS), hanno allegato che: il bambino era nato con le modalità tipiche della gestazione per altri (c.d. "maternità surrogata"), essendo la fecondazione avvenuta tra un ovocita di una donatrice anonima e i gameti di F.P., con successivo impianto dell'embrione nell'utero di una diversa donna, non anonima, che aveva por-

<sup>34</sup> Cass. civ. n. 24001 del 2004.

tato a termine la gravidanza e partorito il bambino; al momento della nascita le Autorità canadesi avevano formato un atto di nascita nel quale era indicato, come unico genitore, F.P., mentre nè la donatrice dell'ovocita, nè la c.d. "madre gestazionale" erano dichiarate madri del minore. A seguito del ricorso presso la Suprema Corte della British Columbia, i ricorrenti avevano ottenuto, in data 8.11.2017, una sentenza nella quale si dichiarava che entrambi erano genitori del minore con la conseguente modifica dell'atto di nascita. L'ufficiale di stato civile del Comune di Verona aveva però rifiutato la richiesta avanzata il 16.12.17, di rettificare l'atto di nascita, sia perché già esisteva un atto di nascita trascritto, sia per l'assenza di dati normativi certi e di precedenti nella giurisprudenza di legittimità favorevoli alla richiesta. Pertanto, i ricorrenti hanno chiesto, a norma della l. 2 agosto 1995, n. 218, art. 67, l'esecutorietà in Italia della sentenza emessa in Canada nel 2017, al fine di ottenere la trascrizione dell'atto di nascita del minore, invocando l'applicazione del combinato disposto della l. n. 218 del 1995, artt. 33, 65 e 66 e rilevando la non contrarietà all'ordine pubblico della suddetta sentenza canadese, già passata in giudicato, e la liceità delle condotte che hanno determinato la nascita del bambino secondo le leggi del Paese in cui sono state poste in essere.

L'Avvocatura dello Stato si è costituita per il Sindaco del Comune di Verona e per il Ministero dell'Interno, sollevando varie eccezioni preliminari e d'inammissibilità della domanda per contrarietà all'ordine pubblico; parimenti il Pubblico Ministero è intervenuto opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza del 16.7.18, la Corte d'appello di Venezia, in accoglimento del ricorso, ha accertato che la sentenza emessa dalla Suprema Corte della British Columbia in data 8.9.17 – che aveva riconosciuto F.P. e B.F. quali genitori di B.F.P., nato il (OMISSIS) – possedeva i requisiti per il riconoscimento a norma della l. n. 218 del 1995, art. 67.

In particolare, la Corte territoriale veneziana nella sua motivazione osserva che: va preliminarmente riconosciuta la legittimazione processuale del Sindaco del Comune di Verona, nella veste di ufficiale di Governo, e del Ministero dell'Interno. Nel merito la circostanza che nel sistema delle fonti interne non sia previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso, e quindi che non sia concesso di attribuire automaticamente ad entrambi la responsabilità genitoriale del minore nato dalla procreazione medicalmente assistita, si risolve nell'evidenza di una diversità di discipline sostanziali, ma non è di per sé indice dell'esistenza di un principio superiore fondante e irrinunciabile dell'assetto costituzionale o dell'ordinamento dell'Unione Europea. Nella materia in esame vige tra i diritti fondamentali la tutela del superiore interesse del minore in ambito interno e internazionale, come sancita dalle convenzioni internazionali. Nell'ambito di questo assetto l'ordine pubblico internazionale impone l'esigenza imprescindibile di assicurare al minore la conservazione dello *status* e dei mezzi di tutela di cui possa validamente giovare in base alla legislazione nazionale applicabile, in particolare del diritto al riconoscimento dei legami

familiari ed al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale. Nè può ricondursi all'ordine pubblico la previsione che il minore debba avere genitori di sesso diverso, posto che nel nostro ordinamento è contemplata la possibilità che il minore abbia due figure genitoriali dello stesso sesso nel caso in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione del sesso con gli effetti di cui alla l. n. 164 del 1982, art. 4. Quanto ai divieti di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di cui alla l. n. 12, comma 2, l. n. 40 del 2004, le scelte del legislatore italiano appaiono frutto di discrezionalità e non esprimono principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico. Nè può ritenersi rilevante la sanzione penale comminata dell'art. 12, comma 6, della predetta Legge che punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la maternità surrogata dato che il divieto e la sanzione penale non si sovrappongono alla valutazione del miglior interesse del minore concepito all'estero con tali tecniche, il quale non può essere privato dello *status* legittimamente acquisito nel Paese in cui è nato.

Ricorre in Cassazione l'Avvocatura dello Stato nell'interesse del Ministero dell'Interno e del Sindaco di Verona, con quattro motivi.

F.P. e B.P., quali esercenti la responsabilità genitoriale sul minore P. resistono con controricorso, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso; i controricorrenti propongono altresì ricorso incidentale affidato ad un unico motivo condizionato all'accoglimento di uno o più motivi del ricorso principale.

#### Motivi della decisione

Con il primo motivo del ricorso principale si deduce il difetto assoluto di giurisdizione, a norma dell'art. 360 c.p.c., comma 1, in quanto nell'ordinamento giuridico nazionale non esiste una norma che legittimi una piena bigenitorialità omosessuale, come affermata dal giudice canadese.

Con il secondo motivo si denuncia violazione del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 95, essendo competente in materia il Tribunale in primo grado. La Corte d'appello ha erroneamente ritenuto che l'oggetto del procedimento fosse il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero nell'ordinamento italiano, mentre invece i ricorrenti hanno richiesto la trascrizione dell'atto di nascita straniero ai sensi del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 28, comma 2, lett. e), impugnando il provvedimento con cui l'ufficiale di stato civile aveva rifiutato di trascrivere il suddetto provvedimento giurisdizionale canadese, venendo dunque in rilievo un'opposizione al rifiuto di trascrizione che, a norma del citato art. 95, è proponibile con ricorso innanzi al Tribunale.

Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, avendo la Corte d'appello ommesso di pronunciarsi sull'eccezione di difetto di legittimazione attiva del padre intenzionale B.F. a rappresentare il minore.

Con il quarto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione della l. n. 218 del 1995, artt. 16 e 65, d.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, l. n. 40 del 2005,

art. 5 e art. 12, commi 2 e 6, in quanto l'ordinanza impugnata confligge con vari principi fondanti l'ordine pubblico, tra cui la nozione di filiazione intesa nell'ordinamento italiano quale discendenza da persone di sesso diverso, come disciplinata dalle norme in materia di fecondazione assistita, anche eterologa, nonché con il divieto della c.d. "maternità surrogata", fattispecie costituente reato secondo la legge italiana.

L'unico motivo del ricorso incidentale denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. e l. n. 218 del 1995, art. 67, avendo erroneamente la Corte d'Appello considerato il Ministero e il Sindaco controricorrenti legittimati passivi, poiché il primo non aveva competenze in materia di stato civile, mentre il Sindaco non era titolare di un interesse proprio rispetto all'istanza di trascrizione.

Anzitutto, sono da esaminare i primi tre motivi del ricorso principale e l'unico dell'incidentale per il loro carattere logico-preliminare rispetto alla suddetta questione di legittimità costituzionale. Tali motivi sono infondati, anche alla luce della motivazione della recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 12193/19.

I primi due motivi possono inoltre essere esaminati congiuntamente poiché tra loro connessi.

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario adito, poiché il giudizio fonda la *causa petendi* sull'accertamento di diritti fondamentali (*rectius*, sulla prospettiva di tali diritti, e ciò basta a innescare la giurisdizione).

Il procedimento della l. n. 218 del 1995, *ex art. 67*, si differenzia da quello di rettificazione degli atti dello stato civile disciplinato dal d.P.R. n. 396 del 2000, in quanto, pur con esso concorrente, ha una più ampia portata, avendo per oggetto il riconoscimento dello *status* accertato o costituito dal provvedimento straniero. Ciò giustifica una lettura allargata della legittimazione a partecipare a tale giudizio.

Il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero e un cittadino italiano, dà luogo, se non determinato da vizi formali, a una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dalla l. n. 218 del 1995, art. 67, in contraddittorio con il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile destinatario della richiesta di trascrizione, ed eventualmente con il Ministero dell'interno, legittimato a spiegare intervento in causa e ad impugnare la decisione, in virtù della competenza ad esso attribuita in materia di tenuta dei registri dello stato civile.

Quanto al ricorso incidentale va ribadito che il Sindaco è l'organo il cui rifiuto di trascrizione dà origine alla controversia e come tale è direttamente interessato alle conseguenze e all'attuazione della pronuncia di delibazione; l'ordine di trascrizione (o di cancellazione della trascrizione già eseguita) riveste infatti un ruolo centrale e non accessorio nella decisione *ex art. 67*.



Dall'altro lato, il Sindaco è ufficiale di governo, organo periferico dell'Amministrazione statale dell'Interno, alla cui competenza il d.P.R. n. 396 del 2000, ha trasferito le attribuzioni in materia di tenuta dei registri dello stato civile e contro la quale possono essere esperite tra l'altro le azioni di risarcimento di eventuali danni derivanti dalla (effettuata od omessa) trascrizione. Anche il Ministero dell'Interno ha pertanto un interesse autonomo, concreto e attuale a partecipare al giudizio, mentre tuttavia il Ministero dell'Interno interveniente ed essendo parte a pieno titolo del giudizio di riconoscimento può anche impugnare il provvedimento a sè sfavorevole.

Infine il terzo motivo del ricorso principale è infondato, in quanto è evidente che la Corte d'Appello abbia pronunciato implicitamente sull'eccezione di difetto di legittimazione di B.F., decidendo sulla domanda di quest'ultimo in ordine al diritto di essere inserito quale "padre d'intenzione" – nell'atto di nascita del figlio di F.P., cui è legato da matrimonio celebrato in (OMISSIS).

Il quarto motivo di ricorso e la questione di legittimità costituzionale del divieto di trascrizione.

Il quarto motivo è il fulcro del ricorso principale e suscita una pluralità di questioni, affrontate e decise dalla recente sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite, che rivestono un rilievo costituzionale e sono decisive ai fini del riconoscimento o meno del provvedimento giudiziario canadese.

Il Collegio ritiene che ricorrano i presupposti per rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, d.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, l. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g), se interpretati alla luce della citata sentenza delle Sezioni Unite laddove si esclude, attraverso il limite dell'ordine pubblico, fissato in linea generale e astratta dal legislatore, la possibilità del riconoscimento, ai fini dell'efficacia in Italia, di provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il diritto di essere inserito – quale genitore d'intenzione – nell'atto di nascita del figlio della persona cui si è legati da matrimonio celebrato all'estero, nato con le modalità della gestazione per altri (c.d. "maternità surrogata").

Al fine di prospettare tale questione di legittimità costituzionale, occorre muovere dalla motivazione della predetta sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019.

Il cardine di tale motivazione è fondato sul rilievo per cui il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione, nella specie cittadino italiano, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dalla l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della donna e l'istituto dell'adozione. Secondo le Sezioni Unite la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice



non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto con il genitore intenzionale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici e specificamente, nel nostro ordinamento, all'adozione in casi particolari, prevista dalla l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d).

Le Sezioni Unite si sono confrontate direttamente con il divieto, sanzionato penalmente, della l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, legge, quest'ultima, considerata "costituzionalmente necessaria". Tale divieto, secondo le Sezioni Unite, mostra con chiarezza che, anche dopo gli interventi della Corte Costituzionale, la l. n. 40 del 2004, continua a distinguere tra fecondazione eterologa e maternità surrogata. Ne discende che il divieto penale contenuto in una legge siffatta va considerato espressivo di un superiore principio di ordine pubblico che, come chiarito anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 272 del 2017, mira a sanzionare una pratica che offende in modo intollerabile la dignità umana e fa dunque riferimento a valori superiori e fondanti. Ciò comporta che non può essere trascritto nè riconosciuto in Italia il provvedimento giudiziale straniero che, riconoscendo implicitamente la validità dell'accordo di maternità surrogata attribuisce la paternità (o la maternità) anche al genitore intenzionale che non ha apportato alcuno contributo biologico alla procreazione.

Tale conclusione, secondo le Sezioni Unite, non si pone in contrasto con il superiore interesse del minore: sia perché tale interesse non ha valore assoluto e può affievolirsi rispetto ad altri valori, rientrando tale valutazione bilanciata anche nel margine di apprezzamento che la Corte europea dei diritti dell'uomo comunque riconosce agli Stati ai fini della decisione di autorizzare o meno la pratica di maternità surrogata e gli effetti giuridici ad essa collegati; sia perché l'interesse del minore a restare nella coppia (anche dello stesso sesso) di cui fa parte il genitore d'intenzione è pur sempre tutelabile attraverso l'adozione in casi particolari di cui alla l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), secondo l'orientamento inaugurato da Cass. n. 12962 del 2016. Alla luce di questa ricostruzione, le Sezioni Unite hanno concluso che gli effetti del riconoscimento del provvedimento straniero, di cui è stata chiesta la trascrizione, si pongono in contrasto con l'ordine pubblico della l. n. 218 del 1995, ex art. 64, comma 1, lett. g).

Il parere del 10 aprile 2019 della Grande Chambre della Corte europea dei diritti umani.

Successivamente, in data 10.4.19, è stato pubblicato il parere consultivo della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla richiesta preventiva della Adunanza Plenaria della Corte di Cassazione francese (decisa con *arrêt interlocutoire* n. 638 del 5 ottobre 2018 e trasmessa con lettera del 12 ottobre 2018).

Tale parere è stato reso, per la prima volta, in esecuzione del Protocollo n. 16 allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, entrato in vigore 11 ottobre 2018 – ma non per l'Italia, che non lo ha ancora reso esecutivo –; al riguardo, nel rapporto esplicativo allo stesso Protocollo si evidenzia che la

formulazione di cui all'art. 1, par. 1, del Protocollo, trae ispirazione dall'art. 43, par. 2, della Convenzione, il quale sancisce che il rinvio di un caso dinanzi alla Grande Camera è ammesso quando «la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale».

La dottrina ha chiarito che il parere reso dalla Grande Camera, nell'ambito del predetto protocollo, costituisce un giudizio astratto, teso a chiarire in via preliminare il contenuto delle norme convenzionali, fornendo quindi un ausilio ai giudici nazionali che potranno, così, prevenirne la violazione ovvero, se già commessa, porvi rimedio.

La vicenda che ha portato alla richiesta di parere consultivo è nota inserendosi nella procedura di riesame del giudicato emesso dalla Corte di Cassazione francese dopo la decisione dei *leading cases* Menesson e Labassee c. Francia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU, 26 giugno 2014, ric. nn. 65192/11 e 65941/11). Con tali pronunce del 2011 la Corte di Strasburgo ha sancito la violazione da parte della Francia del diritto, tutelato dall'art. 8 della CEDU, alla vita privata e familiare dei figli e la non adeguata considerazione del loro superiore interesse per effetto del diniego di riconoscimento della filiazione – legittimamente acquisita negli Stati Uniti in seguito a gestazione per altri – nei confronti del padre intenzionale e biologico. La giurisdizione francese è stata successivamente investita di una richiesta di riesame del giudicato per ciò che concerne il permanente rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile il riconoscimento della filiazione anche nei confronti della madre intenzionale che non aveva contribuito al concepimento mediante donazione dei propri gameti.

La Corte di Cassazione francese ha formulato nei seguenti termini le questioni che ha inteso sottoporre alla Corte di Strasburgo con la propria richiesta di parere consultivo: a) se uno Stato parte della Convenzione, rifiutando di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita di un bambino nato all'estero mediante gestazione per altri, nella parte in cui tale atto designa come madre legale la madre intenzionale – mentre la trascrizione dell'atto di nascita è ammessa laddove designa come padre legale il padre intenzionale in quanto padre biologico – eccede il proprio margine di apprezzamento di cui dispone con riferimento all'art. 8 della Convenzione EDU e se deve distinguersi a seconda che il bambino sia stato concepito o meno con i gameti della madre intenzionale; b) nella ipotesi di una risposta positiva a uno dei precedenti quesiti se la possibilità per la madre intenzionale di adottare il figlio del suo coniuge, padre biologico, permette di rispettare le prescrizioni dell'art. 8 della Convenzione costituendo un modo alternativo di instaurazione del rapporto di filiazione nei suoi confronti.

Con il proprio parere consultivo la Corte europea dei diritti dell'uomo ha risposto positivamente al primo quesito (non ritenendo attinente all'oggetto della procedura prevista dal Protocollo n. 16 la questione sulla rilevanza della donazione dei gameti da parte della madre intenzionale) e, rispondendo al

secondo quesito, ha affermato che l'adozione da parte della madre intenzionale può ritenersi accettabile, come modello alternativo di instaurazione del rapporto legale di filiazione, a condizione che le modalità previste dal diritto interno per l'adozione garantiscano la effettività e celerità del riconoscimento e che esso risulti conforme all'interesse superiore del minore.

Nel ritenere che tale risposta della Corte di Strasburgo si ponga in conflitto con il diritto vivente in Italia, così come si è venuto a configurare all'esito della citata pronuncia delle Sezioni Unite, il Collegio considera particolarmente significativi i seguenti passaggi della motivazione del parere consultivo.

In primo luogo il richiamo alla Convenzione di New York del 1989, ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176 e, in particolare, ai suoi artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18, che disegnano lo statuto dei diritti inviolabili dei minori. La Convenzione in particolare sancisce: a) l'obbligo per gli Stati parti di rispettare e garantire i diritti enunciati nella Convenzione a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione, politica o altra, del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza; b) la tutela da ogni forma di discriminazione o di sanzione, motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari; c) la considerazione preminente dell'interesse superiore del minore in tutte le decisioni delle pubbliche autorità che lo riguardano; d) il diritto del minore alla registrazione immediata al momento della nascita e, da allora, a un nome, ad acquisire una cittadinanza e nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere allevato da essi, a veder preservata da ingerenze illegali la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge; e) il diritto a non essere separato dai suoi genitori, se non quando sia necessario nel suo preminente interesse, e di intrattenere rapporti personali e contatti diretti regolari con entrambi i genitori anche se risiedono in Stati diversi; f) il riconoscimento ad entrambi i genitori della responsabilità comune nei confronti del figlio per ciò che concerne la sua educazione e la cura del suo sviluppo.

In secondo luogo la Corte Europea ha affrontato immediatamente la questione del rapporto fra l'interesse superiore del minore – che, ha ribadito la Corte, deve sempre prevalere quando è in discussione la sua situazione personale – e il margine di apprezzamento attribuito agli Stati nel riconoscere il rapporto di filiazione nei confronti del genitore intenzionale che non sia anche genitore biologico. A tal fine ha richiamato quanto già affermato nelle sentenze del 2011 e cioè che sebbene sia concepibile che la Francia possa desiderare di scoraggiare i propri cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, a un metodo di procreazione che proibisce nel proprio territorio, tuttavia gli effetti del mancato riconoscimento non investono solo le persone che hanno operato la scelta

di adottare le modalità procreative non consentite dall'ordinamento francese. Invero, gli effetti del divieto di riconoscimento si ripercuotono sui minori che vedono gravemente inciso il diritto al rispetto della loro vita privata e familiare.

Il riferimento della Corte all'art. 8 della Convenzione Europea viene subito circostanziato come impossibilità di conciliare l'interesse superiore del minore, che va valutato caso per caso, con le conseguenze di un divieto generale e assoluto di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale in quanto tali conseguenze sono lesive della stessa identità del minore e del diritto alla continuità dello *status filiationis*, compromettendo il radicamento del minore nel contesto familiare in cui è nato; in sostanza sono lesive di tutti quei diritti che costituiscono, alla luce della Convenzione di New York, il nucleo inviolabile della sua protezione. Ciò a giudizio della Corte Europea restringe il margine di apprezzamento degli Stati e impone al diritto interno di offrire la possibilità del riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale.

Tale riconoscimento deve essere reso sempre possibile e può essere negato solo se, in casi particolari, ciò corrisponda in concreto all'interesse superiore del minore ma la Corte Europea ritiene che non necessariamente il riconoscimento debba coincidere con la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita legalmente formato all'estero. Agli Stati parti della Convenzione, che attualmente adottano al riguardo soluzioni diverse, va riservato un più ampio margine di apprezzamento sulla possibilità di predisporre modalità alternative alla trascrizione dell'atto di nascita e la adozione da parte del genitore d'intenzione ben può essere una modalità alternativa al riconoscimento. Tuttavia la Corte fissa due condizioni perché l'adozione possa considerarsi un mezzo ugualmente rispettoso dell'art. 8 della Convenzione. Le condizioni previste per l'adozione devono essere idonee a garantire l'effettività del riconoscimento del legame di filiazione e la procedura deve essere rapida e non esporre il minore a una protratta situazione di incertezza giuridica circa il riconoscimento del legame. Se la Convenzione non impone agli Stati di riconoscere *ab initio* un legame di filiazione con il genitore intenzionale ciò che richiede l'interesse superiore del minore – da valutare in concreto, caso per caso – è che questo legame costituito legalmente all'estero venga riconosciuto non oltre il momento della sua concretizzazione. Accertamento quest'ultimo che non può che essere compiuto dalle Autorità nazionali competenti le quali potranno valutare, tenendo conto delle circostanze particolari del caso di specie, se e quando tale legame si sia concretizzato.

Alla luce della motivazione del parere consultivo della Corte di Strasburgo si intravedono chiaramente due profili di conflitto non superabili con la attuale situazione del diritto vivente in Italia come configurato dalla recente sentenza delle Sezioni Unite.

Il primo di tali profili è l'attribuzione al divieto di maternità surrogata dello statuto di principio di ordine pubblico internazionale prevalente a priori

sull'interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla valutazione del singolo caso concreto.

Una tale configurazione, che si basa sulla rilevanza del divieto di gestazione per altri, sancito penalmente dalla l. n. 40 del 2004, art. 12, si scontra, in primo luogo, con la constatazione della Corte Europea per cui, se è legittimo che uno Stato parte della Convenzione imponga misure dissuasive nei confronti dei propri cittadini che intendano ricorrere all'estero a forme di procreazione vietate nel proprio territorio, anche se tali misure incidano sulle situazioni soggettive di coloro che mettano in pratica tale intendimento, tuttavia non è consentito agli Stati di adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l'effetto di negare i diritti inviolabili connessi alla identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine. Diritti che risultano definitivamente fissati dall'atto di nascita legalmente formato nell'ordinamento del Paese in cui il minore è nato.

In secondo luogo il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero. Un simile diniego non può che essere il frutto di una valutazione in sede giurisdizionale e sulla base di una considerazione rigorosa del caso concreto che conduca a ritenere, in via eccezionale, corrispondente all'interesse specifico del minore il mancato riconoscimento dello stato di filiazione.

In questa prospettiva anche la predisposizione di mezzi alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero assume nella motivazione della Corte Europea la valenza di una diversa ma equiparata forma di riconoscimento dello *status filiationis* e non la predisposizione o la utilizzazione di uno strumento di minor tutela confacente a una situazione di diritto affievolito.

Ciò evidenzia il secondo inconciliabile profilo di conflitto con l'attuale configurazione del diritto vivente che, alla stregua della pronuncia delle Sezioni Unite, ritiene adeguata alla tutela dell'interesse del minore la presenza nel sistema normativo di una modalità alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita e cioè la possibilità per il genitore di intenzione di richiedere l'adozione in casi particolari della l. n. 184 del 1983, *ex art. 44, lett. d*). Un istituto che per le ragioni che si esporranno in prosieguo non risulta affatto idoneo a garantire quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis* ritenute dalla Corte di Strasburgo le condizioni imprescindibili per qualificare la modalità alternativa alla trascrizione rispettosa del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore.

Rilevanza del parere consultivo e impossibilità di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme.

Il Collegio ritiene che nella decisione della causa non si possa prescindere dal predetto parere della Grande Camera che, sebbene non direttamente vin-

colante, impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019. Tuttavia la impossibilità di una opzione interpretativa in contrasto con quello che allo stato costituisce il diritto vivente, per come interpretato dalla più alta istanza della giurisdizione di legittimità, direttamente chiamata a pronunciarsi su una questione di massima importanza, e, per altro verso, la impossibilità di confermare una linea interpretativa che, per quanto si è detto sinora, si ritiene in contrasto con la posizione espressa dalla Corte Europea sullo stesso tema, induce a sollevare la questione di costituzionalità della l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, l. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, nonché del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, se interpretati, come attualmente nel diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, della trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione dal genitore intenzionale non biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico. Si ravvisa infatti il contrasto di tale interpretazione con l'art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, 10 e 18 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite nonché all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Al riguardo, a parere del giudice rimettente, non è possibile una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme delle norme in questione attraverso un'esegesi adeguatrice. Se è vero che una tale verifica è un obbligo del giudice a quo perché la prospettazione d'incostituzionalità delle norme costituisce sempre una *extrema ratio* tuttavia, nella fattispecie in esame, utilizzando gli ordinari poteri ermeneutici, la soluzione conforme a Costituzione e alla CEDU non è praticabile, se non contraddicendo la recente statuizione delle Sezioni Unite. Parallelamente la verifica della rispondenza del diritto vivente ai principii costituzionali in relazione a quelli convenzionali non potrebbe che avvenire mediante la richiesta, che anche le Sezioni Unite sarebbero tenute a prospettare, di un intervento interpretativo del Giudice delle leggi, o che, eventualmente, si estrinsechi in una pronuncia additiva o manipolativa delle norme che s'intendono sottoporre al vaglio di costituzionalità.

In particolare, va osservato che la sentenza delle Sezioni Unite, per l'auto-revolezza dell'organo giudiziario da cui promana – la cui funzione è appunto quella di assicurare con le sue decisioni nel territorio nazionale l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione delle norme di diritto, vale a dire la cosiddetta funzione nomofilattica della Suprema Corte – ha certamente formato un diritto vivente sull'interpretazione delle norme applicate nella fattispecie concreta da cui il giudice a quo non può prescindere nella sua opera diretta a rinvenire nell'ordinamento giuridico un'interpretazione costituzionalmente conforme delle medesime norme.

È noto che nella giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale, in conformità di autorevole insegnamento dottrinale, il tenore letterale della norma o il



diritto vivente sono, in astratto, riguardati come principali ostacoli alla ricerca di una soluzione conforme a Costituzione. Ma al riguardo, il collegio rimettente non ignora anche che,

in particolare, l'eventuale resistenza opposta dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale della disposizione normativa è ritenuta in molte occasioni superabile, in quanto uniformarsi al diritto vivente è considerata "facoltà" e non "obbligo" per il giudice *a quo* (v. Corte Cost., sent. n. 350 del 1997).

Nel caso concreto, però, non appare possibile che il Collegio decida la causa fornendo un'interpretazione della fattispecie astratta che si contrapponga e superi quella adottata dalle Sezioni Unite, essendo ciò precluso, per quanto esposto, dalla natura della pronuncia che è ontologicamente orientata a radicare il diritto vivente al fine di garantire la certezza e l'uniformità dell'applicazione del diritto, quale bene fondamentale dell'ordinamento giuridico. Ciò appare viepiù evidente se si considera che le Sezioni Unite, nel pronunciare la sentenza predetta, sono state espressamente investite da una sezione semplice della Suprema Corte al fine di affermare il principio di diritto nella complessa materia in esame.

Ora, tenuto anche conto del sopravvenuto parere espresso dalla Grande Camera della CEDU – come sopra illustrato – il Collegio ritiene che la formulazione delle disposizioni normative applicate nella fattispecie offra una resistenza insuperabile ad essere interpretata in modo conforme alla Convenzione e alla Costituzione, se interpretate secondo la citata sentenza delle Sezioni Unite e del diritto vivente così formatosi.

Al riguardo, in conformità di quanto ritiene la dottrina, a norma dell'art. 374 c.p.c., comma 3, va osservato che il Collegio della sezione semplice della Suprema Corte non è posto di fronte alla secca alternativa tra l'uniformare la propria decisione al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite – per dirimere un contrasto o una questione di massima di particolare importanza – e la rimessione con ordinanza interlocutoria del ricorso alle Sezioni Unite, esponendo le ragioni del dissenso. Il Collegio della sezione semplice può sottrarsi a questa alternativa attivando l'incidente suscettibile di condurre a una declaratoria di incostituzionalità, e quindi alla rimozione, della disposizione sottostante al principio enunciato dalle Sezioni Unite.

La stessa Corte Costituzionale ha convalidato questo percorso interpretativo con la sentenza n. 3 del 2015, esaminando la questione sollevata dal giudice a quo il quale aveva prospettato l'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme impugnate attesa la sussistenza del diritto vivente formatosi a seguito di una sentenza delle Sezioni Unite.

Conflitto con i principi d'invulnerabilità dei diritti fondamentali del minore, d'uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità.

Il contrasto del diritto vivente appare peraltro a questo Collegio sussistere anche in relazione ai principi fondamentali affermati dalla Carta e dalla giurisprudenza costituzionale italiana in materia di diritti inviolabili del minore e diritto d'uguaglianza correlato ai rapporti di filiazione e pertanto il Collegio

intende altresì prospettare questione di legittimità costituzionale delle stesse disposizioni citate in precedenza per contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., se interpretate secondo la sentenza n. 12193/19 delle Sezioni Unite.

I principi di uguaglianza e di non discriminazione, specificamente in relazione alla nascita, sono consacrati nella Costituzione negli artt. 2, 3, 30 e 31. Al riguardo, va osservato che l'interpretazione – fatta propria dalle Sezioni Unite – secondo cui il riconoscimento del provvedimento straniero di inserimento del padre d'intenzione nello stato di nascita del minore è precluso dal limite dell'ordine pubblico, sulla base del disvalore espresso dalla sanzione penale comminata per la fattispecie della gestazione per altri (c.d. maternità "surrogata"), si pone in contrasto con gli artt. 2, 30 e 31 Cost. Invero, l'interpretazione delle Sezioni Unite è d'ostacolo all'inalienabile diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta costituzionale, attesa l'impossibilità di sancire la paternità legale del genitore d'intenzione. È evidente che la tutela del diritto del minore alla propria identità e alla formazione e al consolidamento del rapporto di filiazione all'interno della propria famiglia, legittimamente costituitasi in conformità della legge canadese, sia infirmata da un riconoscimento parziale dell'atto di stato civile che escluda il padre d'intenzione sulla base di considerazioni estranee alla tutela del minore.

Al riguardo, il Collegio intende sottoporre al Giudice delle leggi la questione di costituzionalità anche sotto il profilo del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, che, a giudizio del Collegio, è stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio e la compressione dell'interesse superiore del minore in una ottica incompatibile con il dettato costituzionale (cfr., da ultimo, Corte Cost., sent. n. 236 del 2018) e comunque con modalità e in una misura irrazionale sproporzionata ed eccessiva con l'effetto di ribaltare la gerarchia di valori sottesa alla Carta costituzionale, incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali della persona. Occorre, in proposito, muovere dal rilievo che l'ordine pubblico internazionale costituisce, anche secondo l'orientamento di una autorevole dottrina, il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica tra norme, postulando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può spingersi sino al punto di creare, nel caso concreto, una frattura, rispetto all'ordinamento interno, derivante dall'applicazione della legge straniera o dal riconoscimento dell'atto straniero, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia, in particolare, i principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità.

Invero, la stessa nozione di ordine pubblico recepita dalle Sezioni Unite, attraverso il riferimento primario ai principi costituzionali, implica che, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico (anche se assistito da una sanzione penale) passi necessariamente in secondo piano, secondo il prin-



cipio ermeneutico di bilanciamento tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali.

È quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (c.d. ordine pubblico discrezionale) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali

dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (c.d. ordine pubblico costituzionale).

Invero, come è stato rilevato da autorevole dottrina, la tutela dell'interesse superiore del minore – anche sotto il profilo della sua identità personale, familiare e sociale – e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano.

In questo contesto di principi fondanti dell'ordinamento costituzionale italiano la legislazione e la giurisprudenza costituzionale e ordinaria hanno delineato progressivamente la unificazione e l'unicità dello stato di figlio a prescindere dalle condizioni di nascita e dalle modalità con le quali viene a istituirsi il rapporto di filiazione. Nè può affermarsi che sia principio generale del nostro ordinamento giuridico che lo stato di filiazione sia esclusivamente legato al contributo biologico del genitore al concepimento e alla nascita del figlio; invero, l'adozione e la legittimità dell'accesso alle tecniche di procreazione eterologa smentiscono tale assunto.

Per altro verso la possibilità per la donna di partorire anonimamente e di non costituire il legame di filiazione smentisce un nesso indissolubile fra genitorialità biologica e giuridica.

Nè tale compressione del diritto del minore alla sua identità personale e sociale può trovare la sua legittimazione in quanto espressiva della rilevanza del principio di dignità della donna come elemento anche esso costitutivo e indefettibile dell'ordine pubblico. Il riconoscimento della decisione straniera non comporta alcun riconoscimento del contratto di “maternità surrogata” – la cui illiceità nell'ordinamento italiano non viene in discussione nel caso in esame – ma ha come effetto il riconoscimento dello *status* e dell'identità del figlio, acquisite insieme alla cittadinanza canadese, e al diritto fondamentale a instaurare un rapporto familiare con coloro che si sono liberamente impegnati

ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità e formando una famiglia che ha pieno riconoscimento sia nell'ordinamento canadese, in cui si consente il matrimonio fra persone dello stesso sesso e la gestazione per altri, sia nell'ordinamento italiano in cui tale riconoscimento è già concretamente in atto come unione civile. Un bilanciamento fra i diritti inviolabili del minore e l'interesse dello Stato a impedire una forma di procreazione che ritiene lesiva della dignità della donna appare pertanto del tutto improprio. Nessuna tutela deriva alla donna dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. Mancato riconoscimento che, come si è detto, lede invece gravemente il figlio. Lo Stato tutela la dignità della donna vietando la gestazione per altri nel suo ordinamento ma non può affievolire i diritti inviolabili di un minore, che è nato all'estero e vi ha acquisito legalmente il proprio *status* e la propria identità personale, come conseguenza di un improprio bilanciamento dei diritti inviolabili del minore con la propria legittima volontà di scoraggiare i propri cittadini a recarsi all'estero per eludere il divieto della gestazione per altri. Come ha affermato chiaramente nel suo parere consultivo la Corte di Strasburgo, seguendo una linea interpretativa pienamente aderente ai nostri valori costituzionali, la compressione del diritto del minore alla sua identità personale, familiare e sociale non può verificarsi per effetto di una condotta altrui, anche se penalmente illecita nel nostro ordinamento.

L'interpretazione ostensiva al riconoscimento appare dunque in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., in quanto il diniego di trascrizione dell'atto di stato civile, nella parte afferente all'inserimento del padre d'intenzione, sovrapponendo il divieto penalistico inerente alla c.d. "maternità surrogata" alla tutela del diritto del minore alla pienezza del suo status, comporta la conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione. Oltre a questa lesione del principio di non discriminazione che ha una chiara codificazione nella Costituzione italiana, nella CEDU, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, come si è detto, nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti dei minori, l'interpretazione appare irragionevole perché distingue i genitori riconosciuti come tali dall'ordinamento straniero sulla base del loro apporto biologico alla procreazione. Infatti, se alla base della interpretazione seguita dalle Sezioni Unite vi è la ricognizione del disvalore della maternità surrogata e della rilevanza della sanzione penale comminata dalla l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, appare del tutto irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di stato civile in cui è inserito il solo padre biologico, autore della condotta procreativa realizzata in pieno contrasto con la norma penale, e precludere invece il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato l'inserimento nello stato civile della famiglia anche del padre d'intenzione il quale è rimasto estraneo a tale condotta.

L'affermazione della esclusione in via generale e aprioristica del riconoscimento, attribuita, da parte delle Sezioni Unite, alla scelta sanzionatoria del legi-

slatore non tiene inoltre in alcun conto la legislazione del Paese in cui è avvenuta la nascita e il riconoscimento. Invero, non può apparire irrilevante che la gestazione in questione sia avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la “maternità surrogata” altruistica, cioè senza corrispettivo e diretta a fornire sostegno a favore di una nascita, che altrimenti non potrebbe avvenire, con il consenso, accertato dalle autorità giurisdizionali, della madre gestazionale e/o genetica a non assumere lo *status* di genitore per favorire l'avvento di una nuova vita. Tale fattispecie ispirata da intenti solidaristici va distinta da quelle ipotesi in cui, invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale. Situazioni, queste ultime, che all'evidenza meriterebbero una differente valutazione in termini assiologici e normativi, alle quali invece – seguendo la linea interpretativa che ricostruisce in termini assoluti il limite dell'ordine pubblico – si è costretti ad accordare il medesimo trattamento.

Seguendo l'interpretazione sin qui contestata il risultato ottenuto dall'opposizione del limite dell'ordine pubblico alla trascrizione è in definitiva quello di far ricadere gli effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità in cui è stato concepito ed è nato e sul soggetto che non ha contribuito alla procreazione mentre alcuna tutela viene ad essere attribuita alla donna che ha portato a termine la gestazione nell'esercizio di un potere di autodeterminazione che le è riconosciuto dal proprio ordinamento. Si tratta in sostanza di un bilanciamento fra diritti e interessi che non hanno alcuna attinenza con i soggetti che ne sono titolari e con le loro condotte.

Secondo le Sezioni Unite il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore, nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata, e il genitore d'intenzione, munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità che è qualificabile come principio di ordine pubblico, anche in quanto posto a tutela del valore fondamentale rappresentato dall'istituto dell'adozione. Ma anche questa ragione di bilanciamento che determina l'affievolimento dell'interesse del minore non si sottrae a una critica sotto i profili ampiamente esaminati in precedenza della astrattezza del giudizio di prevalenza attribuito al legislatore e della compressione dei diritti inviolabili del minore. Nè appare rispondere a un criterio di ragionevolezza e proporzionalità attribuire al ricorso alla maternità surrogata un attentato all'istituto dell'adozione. L'attribuzione dello *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale non biologico dipende, allo stesso modo di quanto avviene per la fecondazione eterologa, dalla attuazione di un progetto genitoriale che appartiene alla coppia legata da vincolo matrimoniale. Nè può affermarsi che nell'ordinamento italiano sia presente un principio assoluto di *favor adoptionis* e anzi questo è da escludere per le coppie dello stesso sesso cui è preclusa l'adozione. Per quanto riguarda poi la sottrazione a un giudizio preventivo sull'idoneità genitoriale il raffronto dell'accesso a una forma di

procreazione medicalmente assistita con l'adozione appare improprio perché l'idoneità genitoriale è attribuita per principio, e salva una verifica giudiziale conseguente a comportamenti pregiudizievoli per il minore nel corso della relazione familiare, a qualsiasi persona e si estende necessariamente al coniuge per garantire il pieno inserimento del futuro nato nella discendenza e nella vita familiare. Un tale giudizio preventivo sull'interesse del minore a veder riconosciuto lo *status filiationis* nel nostro ordinamento non è comunque estraneo al procedimento di delibazione secondo l'indicazione della Corte europea dei diritti dell'uomo che ritiene ineliminabile una valutazione caso per caso intesa a verificare la realizzazione in concreto dell'interesse del minore alla trascrizione.

Infine, di non minore rilevanza appare la lesione delle norme costituzionali che tutelano la vita familiare e l'esplicazione della personalità nelle formazioni sociali. Disposizioni che, per i profili che qui interessano, vengono sempre più strettamente ricollegate dalla Corte Costituzionale all'art. 8 della Convenzione EDU e alla giurisprudenza della Corte Europea. L'accezione dell'endiadi "vita privata e familiare" va intesa in senso ampio, comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona ed anche del diritto all'identità dell'individuo. In questa prospettiva si è sempre più chiaramente affermata una valorizzazione dei legami familiari secondo i principi di uguaglianza e di bigenitorialità affinché i minori possano fruire pienamente della relazione genitoriale e i genitori possano entrambi partecipare a pieno titolo alla cura e alla educazione dei figli e ad adottare congiuntamente le decisioni più importanti che li riguardano.

Ora, richiamando quanto sopra esposto circa il parere espresso dalla Grande Camera il 10.4.19, occorre evidenziare che esso ha valorizzato tali parametri, che ha ritenuto decisivi, evocando specificamente il migliore interesse del minore ed il ridotto margine di apprezzamento riservato ai Paesi contraenti in materia, ribadendo il carattere sopraordinato del primo e le ragioni delle restrizioni del secondo. A parere

del Collegio, tale ultimo rilievo appare rivestire un'inequivoca decisività nell'orientare ogni interpretazione del giudice nazionale nel senso di considerare la discrezionalità del singolo Paese come recessiva laddove essa si esprima attraverso norme che non garantiscano, come si è detto, la tutela piena dei diritti del minore alla propria identità ma anche alla piena fruizione ed espressione della propria vita familiare. L'applicazione della sanzione penale – che la giurisprudenza ha comunque escluso per la coppia che vi ricorre, se praticata all'estero, anche in ordine al reato di alterazione di stato, previsto dall'art. 567 c.p., comma 2 (Cass. penale, Sezione V n. 13525 del 10.3.2016 e Cass. penale, Sezione VI n. 48696 del 10.3.2016) – e la predisposizione di misure dissuasive per la sua elusione non può legittimare altresì la incisione dei rapporti familiari successivi alla condotta sanzionata. Un limite questo che costituisce un principio generale e fondamentale dell'ordinamento italiano per come si è configurato attraverso le più importanti riforme in materia familiare che hanno

inteso eliminare qualsiasi discriminazione dei figli in relazione alla loro nascita e realizzare una condizione di pari dignità dei genitori nel loro rapporto con i figli, finalità che sono una chiara espressione dei valori riconosciuti dalla Costituzione italiana (artt. 30 e 31) e dalla Unione Europea oltre che dalle Convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito sin dall'immediato dopoguerra, nello spirito che attraversa tutta la Costituzione, di piena adesione alla nuova rilevanza dei diritti umani anche nella sfera dei rapporti internazionali.

Il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del Paese di nascita e di cittadinanza comporta la alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni gravemente nocive nei confronti del minore che vede messa in discussione e negata la unicità e inscindibilità della sua relazione genitoriale nello spazio e subisce una grave menomazione *ex post* della relazione con il genitore intenzionale e gli effetti negativi di una artificiale situazione di disparità e di potenziale conflittualità fra coloro che ha percepito come entrambi suoi genitori. In questa prospettiva appare quanto mai pertinente l'utilizzazione nel suddetto parere consultivo della CEDU dell'espressione "concretizzazione" del legame come momento in cui viene in essere la irreversibilità del diritto del minore al pieno riconoscimento del suo *status filiationis*. In altri termini l'appartenenza a una comunità familiare non tollera geometrie variabili in funzioni del luogo in cui si trova o andrà a vivere il minore. Ciò che si è concretizzato deve essere riconosciuto pienamente alla stregua di quello che si realizza con la trascrizione dell'atto di nascita. Il margine di discrezionalità per gli Stati è ampio per ciò che concerne la scelta delle modalità del riconoscimento, ma estremamente limitato per ciò che concerne il contenuto del riconoscimento che deve essere effettivo e tempestivo per non protrarre la situazione di vulnerabilità del minore come conseguenza del mancato riconoscimento immediato. Al riguardo, giova evidenziare che l'opzione ermeneutica formulata dalle Sezioni Unite, secondo la quale la pretesa sanzionatoria dello Stato deve prevalere sui diritti e sull'interesse del bambino, attraverso il filtro dell'ordine pubblico, non trova conferma nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che in varie pronunce ha affermato con chiarezza che il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto anche di sanzionarla penalmente, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio, nè per quanto riguarda l'accertamento di status, nè per quanto riguarda le relazioni personali. Al riguardo, va richiamato qui quell'importante filone giurisprudenziale della Corte Costituzionale formatosi in riferimento agli automatismi legislativi (cfr., *ex multis*, Corte Cost., sent. n. 31 del 2012, e n. 7 del 2013): esso, pur riguardando ipotesi differenti da quella qui in discussione, viene comunque in rilievo perché il Giudice delle leggi ha censurato proprio sotto il profilo della ragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost., congegni normativi che, al pari di quello al centro dell'odierna questione, precludono al giudice «ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto».

Infatti, con tali pronunce la Corte Costituzionale ha, rispettivamente, escluso che la condanna per il reato di alterazione di stato o di soppressione di stato giustifichi, come sanzione accessoria, l'automatica decadenza dalla potestà/responsabilità dei genitori, dovendo anche in tal caso il giudice valutare, nell'esclusivo interesse del bambino, l'effettiva qualità della relazione e l'opportunità di salvaguardarla.

Si pensi, inoltre, nell'ambito del medesimo orientamento, alla sentenza n. 494 del 28.11.2002, che dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 278 c.c. abr. che, in ordine all'incesto, impediva le indagini sulla paternità e la maternità.

Può dunque dirsi che, in materia di *status* il legislatore e la giurisprudenza hanno definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria; invero, se la tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento, allora essa non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori. Il fatto che la nascita sia dovuta ad una condotta degli adulti riprovata dall'ordinamento anche con il ricorso a sanzioni penali (l'adulterio, lo stupro, l'incesto, negli esempi sopra riportati), non impedisce più di costituire legalmente lo stato di figlio.

Incostituzionalità del divieto di trascrizione dell'atto di nascita in mancanza di un modo alternativo e conforme alle prescrizioni dell'art. 8 CEDU di riconoscimento dello *status filiationis*.

Alla luce di queste considerazioni non può ritenersi adeguato alle prescrizioni del parere consultivo del 9 aprile 2019 il modo alternativo di riconoscimento cui fa riferimento la decisione delle Sezioni Unite e cioè l'adozione della l. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d).

In primo luogo, va osservato che tale – forma di adozione non crea un vero rapporto di filiazione ma il riconoscimento di una situazione affettiva cui attribuisce sì diritti e doveri ma che nega comunque al figlio e all'adottante il diritto a una relazione pienamente equiparata alla filiazione e pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico.

L'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. d), non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti.

In sostanza vi è – sempre che il procedimento di adozione in casi particolari si concluda positivamente – una sorta di declassamento (downgrade) della relazione genitoriale e dello *status filiationis* che non può legittimarsi in alcun modo paragonandolo a quello del matrimonio fra persone dello stesso sesso in unione civile previsto dal legislatore del 2016. In quest'ultimo caso la riqualificazione del rapporto non crea alcuna arbitraria discriminazione all'interno del nucleo familiare e preserva comunque i diritti e doveri derivanti per il diritto civile italiano dal matrimonio. Nè una legittimazione può essere ricercata dall'essere il vincolo matrimoniale instaurato fra persone dello stesso sesso, che nel nostro ordinamento non possono accedere alle tecniche di procreazione assistita. La stessa condizione di non riconoscibilità da parte del genitore intenzionale non biologico riguarda anche le coppie eterosessuali e una ipotetica



differenziazione del regime di trascrizione degli atti di nascita sulla base della eterosessualità dei coniugi o della loro omosessualità incontrerebbe comunque la preclusione nei principi, a cui si è fatto riferimento in precedenza, di non discriminazione nei confronti del minore e dei suoi genitori e nel carattere inviolabile dei diritti fondamentali del minore alla identità e alla vita familiare. Ne consegue, allora, che l'unica giustificazione rinvenibile del diniego di riconoscimento del provvedimento dello Stato canadese legittimante l'inserimento del padre d'intenzione nell'atto di nascita del minore è appunto quella di un effetto espansivo della sanzione penale nei confronti del minore e del genitore intenzionale non biologico, ma si tratta di una giustificazione della quale ci si è ampiamente occupati sinora evidenziando il suo conflitto con le norme costituzionali, convenzionali e internazionali.

Per altro verso, l'istituto non corrisponde al requisito della tempestività trattandosi di un procedimento finalizzato ad un provvedimento che richiede un lungo e complesso *iter* processuale e decisionale perché non consiste in una deliberazione di una pronuncia giurisdizionale straniera che, se pure effettuata con riferimento all'interesse superiore del minore e quindi con una attenzione specifica al caso concreto, comporta come esito finale il recepimento di uno *status* già codificato in una statuizione giurisdizionale da dichiarare efficace nel nostro ordinamento. Il procedimento di adozione è invece finalizzato a una creazione di una situazione soggettiva ad hoc e specificamente propria del nostro ordinamento. Pertanto, tale procedimento comporta una articolazione e complessità decisamente superiore rispetto al procedimento di deliberazione di una sentenza straniera, esponendo pertanto il minore a un lungo periodo di incertezza giuridica sulla propria condizione personale e determinando una preclusione o, comunque, una serie di ostacoli gravi all'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore intenzionale che la richiede.

Inoltre, l'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. d)*, è soggetta alla volontà del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria italiana per richiederla e quindi lascia aperta la sua possibilità di sottrarsi all'assunzione di responsabilità già manifestata e legittimata nel Paese in cui il minore è nato; ipotesi questa che potrà verificarsi specificamente nel caso di crisi della coppia genitoriale. Più grave è, per altro verso, la condizione inversa e cioè la soggezione dell'adozione *ex art. 44, lett. d)*, all'assenso all'adozione da parte del genitore biologico che potrebbe venir meno in caso di separazione o divorzio, ma anche di sopravvenuto decesso.

In definitiva, il Collegio non ritiene esistenti nel sistema normativo italiano attuale istituti che consentano una forma di riconoscimento del legame di filiazione alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che instauri il legame di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico nei confronti del minore nato mediante ricorso all'estero alla pratica della gestazione per altri. Conformemente alla ratio sottesa al parere consultivo della Corte di Strasburgo sembra potersi affermare che l'istituto dell'adozione in casi particolari potrebbe sem-

mai costituire una forma di tutela del rapporto affettivo insorto con il genitore intenzionale nei casi particolari in cui il pieno riconoscimento dello *status filiationis* non si dimostri concretamente rispondente all'interesse del minore.

Anche sotto questo profilo relativo al deficit di istituti alternativi vanno pertanto sollevate le precedenti questioni di legittimità costituzionale.

In definitiva, le valutazioni che precedono inducono a prospettare al Giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, l. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g) e d.P.R. n. 396 del 2000, art. 18 (che vieta la trascrizione negli atti dello stato civile degli atti formati all'estero se contrari all'ordine pubblico), perché in contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. e art. 117 Cost., comma 1 – in relazione all'art. 8 CEDU – se interpretati, secondo l'attuale conformazione del diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, della trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione dal genitore intenzionale non biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico.

P.Q.M.

Letti gli artt. 134 e 137 Cost., l. Cost. 9 febbraio 1948, n. 1, art. 1 e l. Cost. 11 marzo 1953, n. 87, art. 23.

DICHIARA rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, d.P.R. n. 396 del 2000, art. 18 e l. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g), nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., art. 117 Cost., comma 1, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176 e dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Dispone che la presente ordinanza sia notificata alle parti, al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata al Presidente del Senato e al Presidente della Camera dei Deputati.

Dispone che, all'esito, il fascicolo sia trasmesso, unitamente alla prova delle eseguite notificazioni e comunicazioni, alla Corte Costituzionale. Dispone che sia omessa l'indicazione dei nominativi e dei dati identificativi delle parti.

Sospende il giudizio.

Dispone che sia omessa l'indicazione dei nominativi e dei dati identificativi delle parti.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 5 dicembre 2019.



# L'informazione come strumento di tutela e di divulgazione degli effetti benefici degli alimenti

Nota a sentenza: Corte di Giustizia, Decima Sezione, del 10 settembre 2020 – C-363/19

Giulia Corsini

---

## Le ragioni che hanno portato all'emanazione della normativa comunitaria in materia di sicurezza alimentare

La sentenza C-363/19 della Corte di Giustizia europea si segnala perché interviene sul tema delicato della tutela del consumatore che si sviluppa sotto il duplice profilo del rapporto alimentazione-sicurezza alimentare e della corretta informazione, evidenziando come il consumatore rappresenti il mezzo attraverso il quale garantire il principio di concorrenza e di libera circolazione delle merci. Detto altrimenti, dietro il velo della protezione del consumatore di prodotti alimentari, si cela l'obiettivo di realizzare un mercato corretto, leale e sicuro.

Il tema della sicurezza alimentare è stato storicamente gestito mediante controlli effettuati su singoli prodotti o su singole fasi produttive nonché lasciando ampia autonomia legislativa agli Stati membri. Oggi invece vige una disciplina comunitaria orizzontale, valida per tutti gli alimenti e mangimi (*food and feed*), che ha mutato sia il sistema delle fonti sia le responsabilità delle pubbliche autorità e degli operatori economici.

La necessità di dettare una disciplina orizzontale sorge da una serie di considerazioni, prima fra tutte la necessità di garantire il diritto alla salute. Invero, l'approccio cambia nei confronti del diritto menzionato posto che esso non viene più inteso solo come diritto fondamentale dell'individuo bensì della collettività. È pertanto proprio in quest'ottica che il legislatore europeo inquadra tale principio tra gli obiettivi generali della legislazione alimentare. Conseguentemente muta il meccanismo di vigilanza: in passato la salute era tutelata mediante una struttura prevalentemente sanzionatoria, oggi invece si interviene *ex ante* ossia prevenendo il rischio derivante dalla messa in circolazione di prodotti alimentari pericolosi<sup>1</sup>.

Tuttavia non è stato solo il diritto alla salute a determinare tale necessità (un intervento di tipo orizzontale) bensì anche la consapevolezza del mutamento

---

<sup>1</sup> R. SAJJÀ, *L'informazione alimentare tra sicurezza e qualità nel mercato europeo e globale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. 152 ss.

del modello di mercato. Oggi infatti il mercato non è più il luogo ove contrattare ma quello in cui lo scambio è caratterizzato dall'anonimato della parte acquirente e dall'oggettualità dell'accordo. Lo scambio dei consensi difatti avviene mediante una scelta ripetuta quasi inconsciamente di un bene e il muto gesto del pagamento del prezzo predeterminato.

In altri termini, nella realtà odierna «le ipotesi in cui l'acquirente discute in un negozio sul contenuto delle clausole della compravendita – prezzo, quantità, qualità – sono sommamente ridotte mentre è più usuale che masse di consumatori scelgano silenziosamente, con ripetizione di gesti, gli acquisti tra i vari beni offerti, già confezionati, all'interno del supermercato»<sup>2</sup>.

Si assiste quindi ad una nuova dialettica tra persona e mercato, lontano dalla logica efficientistica. Il mercato diventa un semplice strumento a servizio dell'uomo, un luogo sicuro in cui il consumatore viene tutelato e protetto da un sistema di norme volte a garantire una corretta informazione nonché volto a mettere a disposizione prodotti sani e sicuri.

Affinché le scelte del consumatore siano in un certo senso “guidate” e soprattutto siano effettuate con una certa consapevolezza, l'Unione europea affida un ruolo preminente all'informazione la quale deve pertanto essere resa nel rispetto dei principi di lealtà, chiarezza, veridicità e incapacità di indurre in errore il consumatore.

Invero, l'Unione ha realizzato, e continua a realizzare, un progetto di corretta informazione in materia di aspetti sanitari volta a favorire un'alimentazione benefica, così contrastando, da un lato, i casi di sovrappeso e di obesità<sup>3</sup> e, dall'altro, i casi di alimenti dannosi e/o tossici, causati da molteplici fattori tra i quali, rispettivamente, una scorretta informazione e una cattiva gestione del rischio.

L'informazione alimentare pertanto risulta fondamentale per diffondere ed incoraggiare abitudini alimentari e stili di vita più sani. Da qui emerge come non solo l'etichetta ma ogni informazione alimentare deve essere corretta<sup>4</sup> e scientificamente provata.

<sup>2</sup> GERMANÒ E EVA ROOK BASILE, *Manuale di diritto agrario comunitario*, Giappichelli, 2010, p. 321.

<sup>3</sup> Sul problema del sovrappeso e dell'obesità si vedano, tra i molti contributi, quelli di M.A. RECUERDA GIRELA, *Law and Obesity*, in *European Food and Feed Law Review (EFL)*, 4/2006, pp. 210 ss. E di A. GARDE, *The contribution of food labelling to the Eu's obesity prevention strategy*, in *European Food and Feed Law Review (EFL)*, 6/2007, p. 378.

<sup>4</sup> Si tenga a mente che una cattiva informazione potrebbe derivare anche da un eccesso informativo idoneo certamente a confondere il consumatore. Di questo pericolo il legislatore europeo è assolutamente consapevole tanto è vero che ha incoraggiato gli Stati membri ad usare formule sintetiche quali i simboli grafici. Così ha fatto ad esempio la Francia che nel 2017 ha adottato la c.d. etichetta “a semaforo” sul valore nutrizionale degli alimenti così guidando il consumatore nella scelta di una alimentazione sana e corretta.

## **La vicenda svedese. Sulla prima questione: onere probatorio gravante sull'operatore economico del settore alimentare**

Nella controversia sorta tra *Konsumentombudsmannen* (mediatore per la difesa dei consumatori, Svezia) e l'impresa Mezina AB circa la conformità del diritto svedese al diritto comunitario in materia di indicazioni sulla salute impiegate al fine di commercializzare determinati prodotti, sono emerse due principali questioni.

La soluzione di queste è stata rimessa in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea la quale si è quindi espressa al fine di fornire la corretta interpretazione delle norme oggetto di interesse.

In particolare, la prima questione concerne la lettura degli articoli 5, §1, e 6, §1 e § 2, in combinato disposto con l'art. 10, §1, e l'art. 28, § 5, del regolamento n. 1924/2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, come modificato dal regolamento n. 107/2008.

La disciplina oggetto di interesse stabilisce che le indicazioni nutrizionali e sulla salute possono essere esposte sulle etichette dei prodotti soltanto qualora sia stato scientificamente provato che gli alimenti indicati comportino un «effetto nutrizionale o fisiologico benefico». Inoltre, le comunicazioni rese al consumatore devono essere comprensibili dallo stesso, avendo come parametro il «consumatore medio».

Nello specifico, condizione necessaria di validità, in particolare per quel che concerne le indicazioni sulla salute, è che le stesse siano conformi ai requisiti generali posti dal reg. 1924/2006, nonché autorizzate dagli articoli 13 e 14 del medesimo regolamento. Il riferimento ai benefici generali è ammesso solamente qualora sia «accompagnato» da una indicazione specifica sulla salute inclusa negli elenchi contenuti nei summenzionati articoli 13 e 14. Infine, ai sensi dell'art. 28, § 5, si stabilisce la responsabilità dell'operatore economico per le informazioni rese nel settore alimentare.

Il problema sollevato dal Tribunale svedese per la proprietà intellettuale e il commercio concerne il regime delle indicazioni specifiche. Difatti, se da un lato è previsto dalle norme europee che l'indicazione di alimenti specifici ricompresi negli elenchi di cui all'art. 13, § 3, solleva il produttore dall'onere di dimostrare i loro effetti benefici – avendosi dunque un regime di presunzione –, dall'altro si evidenzia come la Commissione non ha provveduto ad aggiornare l'elenco. Pertanto, il giudice svedese si domanda se, a fronte di una siffatta lacuna, gli alimenti esposti nell'etichetta, da considerare come indicazioni specifiche, possano essere esposti pur non essendo compresi nei menzionati elenchi. In caso affermativo, si domanda conseguentemente quale onere della prova incomba sul produttore, ovvero se sia il medesimo di quello previsto per le indicazioni generali, ossia la presenza di «prove scientifiche generalmente accettate», oppure se sia diverso.

La Corte di Giustizia europea afferma che, sulla base di una lettura sistematica del regolamento, l'onere probatorio incombente sull'operatore economico

è analogo a quello richiesto per le indicazioni generali e quindi occorre che le indicazioni sulla salute siano fondate su «elementi obiettivi e scientifici e che, in particolare, i vantaggi delle sostanze a cui le indicazioni sulla salute si riferiscono godano [...] di un consenso scientifico sufficiente»<sup>5</sup>. Nel concreto, tale *onus* si traduce non nella realizzazione di studi specifici o nel commissionarli ad istituzioni adatte bensì, *sic et simpliciter*, nel poter giustificare le indicazioni fornite, così dimostrando di conoscere quali siano gli effetti sulla salute determinati dalle sostanze.

Tale conclusione va desunta dal fatto che il reg. 1924/2006 non specifica né i tipi di prova ammessi né tantomeno la loro modalità di assunzione. Conseguenza immediata di tale genericità del regolamento è la necessaria regolamentazione da parte del diritto nazionale il quale deve disciplinare la materia, garantendo comunque l'applicazione dei principi fondamentali di equivalenza ed effettività.

Ad analoghe conclusioni si giunge anche facendo riferimento al diritto comunitario nel suo complesso. Difatti, la materia della sicurezza alimentare risulta essere disciplinata anche da altri regolamenti quali il n. 178/2002 e, più recentemente, il n. 1381/2019 relativo alla trasparenza e alla sostenibilità dell'analisi del rischio dell'Unione nella filiera alimentare. Dalla lettura di tali atti legislativi emerge la conferma che l'onere probatorio grava sul produttore.

In particolare, il considerando 19 del reg. n. 1381/2019 delinea un sistema in virtù del quale l'onere della prova di dimostrare che l'oggetto della domanda o notifica è sicuro prima dell'immissione sul mercato, grava sul richiedente o notificante. La *ratio* di ciò va rinvenuta nel fatto che il legislatore europeo ritiene che sia più efficiente imporre un tale *onus* sul produttore, invece che sulle autorità pubbliche, le quali quindi dovranno dimostrarne la pericolosità, per poterne vietare la commercializzazione, solo in via eventuale.

Si assiste pertanto ad una impostazione tale per cui il richiedente svolge un ruolo realmente attivo in cui deve «presentare gli studi pertinenti, test inclusi, allo scopo di dimostrare la sicurezza e, in alcuni casi, l'efficacia dell'oggetto richiesta». Parimenti l'art. 32-*quinquies* dell'ultimo regolamento richiamato afferma che l'obbligo di dimostrare la sicurezza del prodotto, per il quale si intende avere l'autorizzazione dall'EFSA, spetta ai richiedenti. In altre parole, la più recente legislazione «dà per scontato ciò che rilevava anche prima, e cioè che ogni richiedente un'autorizzazione deve dare la prova della sicurezza del prodotto (sia esso *food* o *feed*) che intende commercializzare»<sup>6</sup>.

L'analisi del rischio permette alla legislazione e alle misure comunitarie di elevare il livello di tutela della vita e della salute umana senza ostacolare irragio-

<sup>5</sup> Paragrafo 47 della sentenza in commento.

<sup>6</sup> A. GERMANÒ, *La trasparenza nella comunicazione del rischio: il Reg. 2019/1381*, in *Rivista di diritto alimentare*, Anno XIII, 3/2019, p. 104.

nevolmente la libera circolazione all'interno dell'UE degli alimenti o mangimi immessi sul mercato. In sostanza il sistema di sicurezza alimentare ha realizzato un equilibrio complesso tra l'interesse fondamentale alla salute dei consumatori e quello alla libera circolazione delle merci. Trattasi di due interessi molto eterogeni tra loro posto che il primo fa capo all'individuo mentre il secondo è riconducibile agli interessi di natura pubblica e la loro eterogeneità ha dato origine ad un equilibrio che richiede una costante valutazione dei vantaggi e svantaggi derivanti dalla prevalenza dell'uno sull'altro. Difatti la supremazia dei principi concorrenziali finirebbe per incidere negativamente sugli interessi dei consumatori così come, all'inverso, una politica eccessivamente protezionistica condurrebbe ad una limitazione del mercato smodata<sup>7</sup>.

La salute dei consumatori di alimenti è quindi tutelata da atti normativi che prescrivono di tenere in considerazione i dati scientifici elaborati di volta in volta e, in caso di loro incompletezza o insufficienza, di seguire il principio di precauzione. Scopo dell'Unione è evidentemente quello di creare un mercato alimentare costituito solamente da alimenti sani e sicuri.

La sicurezza alimentare in Europa non è più intesa come *food security* ossia come una garanzia di avere cibo a sufficienza (nonostante l'art. 39 TFUE ponga tra gli obiettivi della politica agricola anche la garanzia degli approvvigionamenti), bensì come *food safety* ossia la sicurezza igienico sanitaria e qualità dei cibi.

Detto altrimenti, la *food safety* non è in alcun modo lasciata alla libera determinazione dei produttori e dei consumatori ma è regolamentata dalle normative comunitarie le quali stabiliscono che gli alimenti che presentino dei margini di rischio non possono essere commercializzati. A differenza di quanto accade negli Stati non facenti parte dell'Unione, i quali, dopo aver effettuato la valutazione del rischio ad opera di autorità pubbliche, rimettono agli imprenditori e ai consumatori la gestione del rischio, l'Unione assume su sé stessa la gestione e la responsabilità degli interventi di controllo e/o di prevenzione.

### **Diritto all'informazione del consumatore medio e pratiche commerciali sleali**

Dopo aver esaminato la questione concernente l'onere probatorio dell'operatore scientifico, non pare potersi prescindere dall'esame di un ulteriore aspetto: il diritto riconosciuto ad ogni consumatore ad essere informato e ad essere tutelato da eventuali pratiche commerciali sleali.

Nel bilanciamento tra tutela della salute/sicurezza alimentare per un verso, e interessi economici per altro verso, non si può non tenere conto del fatto che, poiché le scelte alimentari del consumatore condizionano la sua salute, questi va tutelato proprio nel momento in cui effettua la scelta finalizzata all'atto di

---

<sup>7</sup> COSTATO, *Considerazioni di sintesi*, in ADORNATO (a cura di), *Sicurezza alimentare e nuovi diritti. Tutela del consumatore in ambito comunitario*, in *Agr. Ist. Merc.*, 2005, p. 517.

consumo; il che comporta che il processo informativo debba essere corretto e controllabile nel corso dell'intera filiera<sup>8</sup>, ossia *from farm to table*.

È per tale ragione che il diritto all'informazione, già tutelato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dall'art. 169 TFUE, assume una rilevanza maggiore quando ci si addentra nel settore alimentare dove alle logiche di mercato si affianca «un'esigenza di sicurezza resa ancor più impellente dalla caratteristica essenziale degli alimenti, ossia prodotti destinati [...] ad essere ingeriti dall'uomo e, quindi, a diventare parte integrante del suo organismo»<sup>9</sup>.

Il consumatore deve essere tutelato sotto un duplice profilo: sia in relazione agli interessi sanitari, aventi quindi come obiettivo quello di perseguire un elevato livello della vita (art. 5 reg. 178/02), sia in relazione alla prevenzione delle pratiche commerciali idonee ad indurlo in errore<sup>10</sup>. Le normative comunitarie sono pertanto incentrate principalmente su due elementi: da un lato gli alimenti e dall'altro il diritto di informazione, comprensivo delle indicazioni nutrizionali e salutistiche come disciplinate dal regolamento 1924/2006.

Ebbene, incentrando l'attenzione sul provvedimento citato, volto a regolare l'impiego di indicazioni nutrizionali e sulla salute volontariamente<sup>11</sup> apposte dal professionista, è facile comprendere la delicatezza del tema. Come noto, accanto alle informazioni obbligatorie che ciascun prodotto è tenuto a riportare sull'etichetta, è possibile aggiungere anche le c.d. informazioni volontarie. Trattasi di indicazioni addizionali e idonee a attirare l'attenzione del consumatore su determinate qualità del prodotto così inducendolo ad acquistarlo e, pertanto, preferendolo ad altri appartenenti al medesimo genere.

Essendo questo lo scopo dell'operatore alimentare, è facile intuire che il rischio che lo stesso ponga in essere pratiche commerciali sleali, idonee ad alterare l'equilibrio del mercato competitivo, è elevato. Non a caso, negli ultimi anni è aumentato il numero di questioni che sono state sottoposte all'attenzione dei giudici europei al fine di individuare in quali casi l'impiego di *claims* nutrizionali e sulla salute debba reputarsi corretto e in quali no<sup>12</sup>.

Ma allora, a ben guardare, l'approccio protezionistico da parte dell'Unione non è rivolto solo verso i consumatori ma anche verso i professionisti, vittime,

<sup>8</sup> R. SAIJA, *L'informazione alimentare tra sicurezza e qualità*, op. cit., pp. 67 ss.

<sup>9</sup> M. GIUFFRIDA, *Pratiche leali di informazione e informazioni volontarie*, in *Riv. dir. agr.*, I/2012, p. 80.

<sup>10</sup> N. LUCIFERO, *La sicurezza alimentare e la tutela degli interessi del consumatore di alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, I/2008, p. 89.

<sup>11</sup> Che si tratti di informazioni fornite volontariamente si ricava dalla dicitura «indicazioni» impiegata in tutto il regolamento, definizione che comprende tutti i messaggi o le rappresentazioni *non obbligatorie*.

<sup>12</sup> A titolo esemplificativo si ricordano alcuni ricorsi proposti da nel 2012: *Clasado c. Commissione* (T-322/10), *Hagenmeyer e Hahn c. Commissione* (T-17/12), *Health Food Manufacturer's Association e a. c. Commissione* (T-296/12), *Plantavis e NEM c. Commissione e EFSA* (T-334/12), *Afepadi e a. c. Commissione* (T-354/12).

al pari degli acquirenti, delle conseguenze dannose derivanti da condotte sleali.

Ad ogni modo, quel che maggiormente rileva in tale contesto, è certamente l'attenzione che il legislatore europeo rivolge al contraente debole. La preoccupazione è tale per cui le informazioni nutrizionali possono essere rese solo nella misura in cui – oltre ad essere veritiere e non ingannevoli – ci si possa attendere che il consumatore medio comprenda gli effetti benefici del prodotto<sup>13</sup>.

A tal proposito si osserva la peculiarità dell'espressione impiegata: consumatore *medio*<sup>14</sup>. L'art. 5, §2, della dir. 2005/29/CE non spiega cosa si intenda per «medio» e pertanto occorre risalire al *Considerando* 18 per comprendere che il parametro di riferimento è un soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici», ossia un modello tutt'altro che debole e vulnerabile. Ma allora sorge spontanea una domanda provocatoria: occorre davvero tutto questo apparato di norme? Probabilmente è solo un modo per contemperare gli oneri gravanti sugli operatori del settore alimentare nonché per limitare la loro responsabilità.

In ogni caso, l'Unione ha specificato che la nozione di consumatore medio si atteggia in maniera diversa a seconda che la pratica commerciale sia diretta alla generalità dei consociati oppure ad un «determinato gruppo di consumatori». In tale ultimo caso infatti si deve avere riguardo al «membro medio» del «determinato gruppo di consumatori» il che implementa gli standard di tutela ogniqualvolta il gruppo sia composto da membri particolarmente vulnerabili. Ovviamente, un siffatto adattamento è idoneo a qualificare come «sleale» una pratica che, se fosse stata rivolta alla generalità dei consumatori, non avrebbe potuto considerarsi tale. Parimenti, potrebbe accadere il contrario<sup>15</sup>.

Il legislatore europeo si è altresì preoccupato di prevedere un campo di applicazione estremamente vasto, tale da ricomprendere qualsiasi comportamento (attivo o omissivo) tenuto da un professionista anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla conclusione di un qualsiasi contratto con un consumatore. Requisito essenziale, ovviamente, è che la pratica sia «idonea ad indurre un consumatore [scompare la qualifica “medio”] ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso» e cioè non soltanto quando si rivela fondamentale nello spingere il consumatore ad accettare di concludere il contratto (che altrimenti non avrebbe mai stipulato), ma anche quando si mostra decisiva nell'indurre un consumatore a rifiutare una proposta contrattuale o ad astenersi dal far valere un diritto.

---

<sup>13</sup> L. PETRELLI, *Le nuove regole comunitarie per l'utilizzo di indicazioni sulla salute fornite sui prodotti alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, I/2009, p. 64.

<sup>14</sup> Cfr. L. GONZÀLES VAQUÈ, *La notion de «consommateur moyen» selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, I/2004, pp. 69 ss.

<sup>15</sup> E. BARGELLI, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori: la direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Giappichelli, 2007, p. 135.



## Sulla seconda questione: risoluzione del conflitto tra il regolamento n. 1924/2006 e la Direttiva n. 2005/29/CE

La seconda questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale svedese concerne l'ipotesi del conflitto tra le norme contenute nel reg. 1924/2006, come modificato dal reg. 107/2008, e quelle contenute nella Direttiva 2005/29/CE.

Come noto, la direttiva mira a prevenire le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. L'obiettivo della stessa pertanto è quello di creare un sistema dove la libera circolazione degli alimenti avviene all'interno di un mercato sicuro anche sotto il profilo delle informazioni rese al consumatore e non soltanto per la qualità degli alimenti offerti. Al tempo stesso, dal *Considerando* 10 emerge il suo carattere residuale dal momento che la stessa «si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali». Ancora, «Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti».

In virtù di tali statuizioni, nonché in virtù del fatto che il giudice comunitario afferma il carattere di *lex specialis* del reg. 1924/2006, non si può non concludere sancendo l'applicazione del regolamento in luogo della direttiva. Secondo quanto affermato dalla Commissione<sup>16</sup> «[la Direttiva 2005/29] funge da "rete di sicurezza" disciplinando situazioni non regolamentate da altre norme settoriali dell'Unione».

Ebbene, dal tenore di tale disposizione occorre la necessaria compresenza di due condizioni cumulative affinché la Direttiva 2005/29 sia inapplicabile. In primo luogo, occorre accertare la sussistenza di «altre norme dell'Unione che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali». In secondo luogo, è necessario verificare la presenza di un «contrasto» tra queste altre norme e le disposizioni di tale direttiva, fermo rimanendo che l'inapplicabilità della direttiva sarà limitata ai soli aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali disciplinate dalle altre norme<sup>17</sup>.

Conclusivamente, in virtù dell'antico brocardo *lex specialis derogat generali*, il criterio di risoluzione delle antinomie va risolto a favore del regolamento essendo esso la norma di dettaglio<sup>18</sup> e sarà pertanto il regolamento 1924/2006 a trovare applicazione alle pratiche commerciali sleali in materia di indicazioni sulla salute ai sensi del medesimo regolamento.

<sup>16</sup> Comunicazione della Commissione del 14 marzo 2013.

<sup>17</sup> Sentenza Abcur, C-544/13 e C-545/13, EU:C:2015:481, sul punto, v. punti 80 e 81.

<sup>18</sup> Si noti, tra l'altro, la scelta del legislatore di usare lo strumento del regolamento, così eliminando ogni margine di discrezionalità degli Stati.



## Indicazioni nutrizionali e sulla salute: nutraceutica

La sentenza C-363/19 potrebbe rappresentare l'occasione per riflettere sulla tematica della nutraceutica<sup>19</sup> la quale, sebbene fondi le proprie radici nella fine del 1900, sta certamente vivendo un periodo di espansione e di ritorno al centro dell'attenzione.

Come noto, con tale neologismo si fa riferimento a quegli alimenti caratterizzati da effetti addizionali derivanti dalla presenza di componenti – naturalmente preesistenti o aggiunti nel prodotto – idonei ad interagire selettivamente con una o più funzioni fisiologiche dell'organismo umano e soprattutto, in grado di provocare effetti positivi sul mantenimento della salute e/o a svolgere un ruolo rilevante nella gestione di alcuni fattori di rischio umani<sup>20</sup>. Non a caso, si è soliti parlare di tali alimenti usando la sigla FOSHU, acronimo di *Food for Specific Health Use*.

L'importanza dei c.d. *functional foods*<sup>21</sup> è ormai compresa e condivisa anche a livello europeo tanto è vero che il regolamento 1924/2006 (modificato dal reg. 109/2008)<sup>22</sup>, in deroga all'art. 2, §1, lett. B) della Direttiva 2000/13, ammette l'inserimento di indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia e quelle che si riferiscono allo sviluppo della salute dei bambini (purché ne sia autorizzato l'inserimento in un elenco comunitario)<sup>23</sup>.

La ragione per la quale viene meno il divieto generale e incondizionato di impiegare informazioni di tal genere nella presentazione e pubblicità dei prodotti va certamente rinvenuta nell'evoluzione scientifica avutasi in materia

<sup>19</sup> Il termine è stato coniato dal dr. Stephen De Felice nel 1989 ed è un “*portmanteau*” derivante dal concetto di “nutrizione” e “farmaceutica”, riferentesi a tutti quegli alimenti che hanno una funzione benefica sulla salute umana.

<sup>20</sup> L. PETRELLI, *Le nuove regole comunitarie*, op. cit., p. 51.

<sup>21</sup> Sulla differenza tra il concetto di *functional food* e i medicinali cfr. L. PETRELLI, *I probiotici: criteri per la qualificazione dei prodotti quali alimenti o medicinali nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. agr.*, I/2008, p. 539.

<sup>22</sup> Art. 14, §1, reg. 1924/2006: «In deroga all'articolo 2, paragrafo 1, lett. b), della direttiva 2000/13/CE, le seguenti indicazioni possono essere fornite qualora ne sia stato autorizzato, secondo la procedura di cui agli articoli 15, 16, 17 e 19 del presente regolamento, l'inserimento in un elenco comunitario di tali indicazioni consentite unitamente a tutte le condizioni necessarie per il loro impiego:

a) indicazioni sulla riduzione dei rischi di malattia;

b) indicazioni che si riferiscono allo sviluppo e alla salute dei bambini».

<sup>23</sup> V. RUBINO, *Il claim «senza zuccheri aggiunti» nel nuovo regolamento 1924/2006 CE: problematiche interpretative ed applicative*, in *Alimenta*, 2007, p. 104, evidenzia come una delle caratteristiche principali consiste nell'aver determinato il passaggio da una disciplina in negativo, connotata da alcuni divieti al di fuori dei quali vi era una totale libertà di azione, e una disciplina in positivo ossia basata sull'adozione di una lista di *claims* consentiti e dalle relative condizioni di uso, fuori dalle quali ogni espressione non autorizzata deve ritenersi vietata. È proprio grazie a tale impostazione che, sempre secondo l'autore, è possibile raggiungere quel livello di tutela elevato richiesto dalla disciplina comunitaria, ossia affiancando volontariamente – alle informazioni obbligatorie – informazioni trasparenti.

di rischi e potenzialità derivanti dal consumo di alimenti. Il prodotto alimentare quindi viene finalmente visto come un alimento polifunzionale in grado di soddisfare tanto le necessità nutritive quanto quelle salutari quanto quelle «edonistiche di cibarsi di alimenti gradevoli al palato»<sup>24</sup>.

Ebbene, sorge spontaneo chiedersi cosa cambi rispetto al passato. Certamente non la consapevolezza dal momento che il rapporto benefico tra salute e alimentazione rinviene le proprie radici in tempi immemorabili<sup>25</sup>. Sono diversi invece gli strumenti a disposizione della collettività, sia in termini di produzione (oggi è possibile creare, in quantità ingenti, prodotti alimentari che realizzano «un rapporto virtuoso tra dieta e promozione di uno stato di benessere psico-fisico»)<sup>26</sup> sia, conseguentemente, in termini di informazione – comunicazione (sono molteplici i mezzi per dimostrare «sulla base di dati scientifici generalmente accettati» gli effetti benefici).

Pertanto, lo sviluppo scientifico deve essere incentivato sempre più al fine di comprendere gli effettivi vantaggi che derivano da una corretta e sana alimentazione. Ne discende che anche la comunicazione di tali novità deve necessariamente tenere il passo con l'evoluzione affinché, ancora una volta, il consumatore sia correttamente informato e non sia strumento di inganno da parte dell'operatore alimentare.

Tali considerazioni erano già emerse nell'azione concertata della Commissione europea sulla *Functional Food Science in Europe (FUFOSE)*<sup>27</sup> e sono state poi trasposte nella normativa europea. Difatti il combinato disposto degli articoli 5, §1, e 6, §1, del reg. 1924/2006 richiede un onere probatorio in capo all'operatore del settore alimentare particolarmente – e giustamente – elevato. In altri termini, è rimessa alla responsabilità degli operatori economici del settore alimentare fornire indicazioni alimentari e sulla salute che non siano fondate sulla base di «credenze, dicerie tratte dalla saggezza popolare o, ancora, [su] esperienze tratte da persone estranee alla comunità scientifica»<sup>28</sup>. Soltanto fornendo informazioni veritiere ed esatte possono essere protetti i consumatori dal momento che le indicazioni nutrizionali e sulla salute rappresentano le condizioni determinanti del loro acquisto e, al contempo, il

<sup>24</sup> M. GIUFFRIDA, *Pratiche leali di informazione*, op. cit., p. 80.

<sup>25</sup> È certamente nota l'esortazione di Ippocrate «fa che il cibo sia la tua medicina e la medicina sia il tuo cibo».

<sup>26</sup> L. PETRELLI, *Le nuove regole comunitarie*, op. cit., p. 52.

<sup>27</sup> Azione concertata coordinata dall'*International Life Sciences Institute (ILSI)* e avente quale obiettivo quello di adottare un approccio scientifico verso i cibi con benefici effetti sulla salute delle persone o comunque in grado di contenere il rischio di malattie. Nel 2001 l'azione concertata sugli alimenti funzionali, coordinata sempre dall'ILSI, ha realizzato altresì il progetto *PASSCLAIM* avente come obiettivo quello di risolvere determinati problemi circa la validazione, la conferma scientifica dei *claims* e la comunicazione al consumatore.

<sup>28</sup> C-363/19, punto 46.

fondamento di conoscenza sul quale realizzare un ruolo attivo di promozione della propria salute<sup>29</sup>.

\* \* \*

SENTENZA CORTE DI GIUSTIZIA (Decima Sezione) 10 settembre 2020  
«Rinvio pregiudiziale – Sicurezza alimentare – Indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari – Regolamento (CE) n. 1924/2006 – Articoli 5 e 6 – Fondatezza scientifica delle indicazioni – Prove scientifiche generalmente accettate – Articolo 10, paragrafo 1 – Articolo 28, paragrafo 5 – Regime transitorio – Pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno – Direttiva 2005/29/CE – Articolo 3, paragrafo 4 – Relazione tra le disposizioni della Direttiva 2005/29 e altre norme dell’Unione che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali»

Nella causa C363/19,  
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal *Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt* (Tribunale per la proprietà intellettuale e il commercio con sede presso il Tribunale distrettuale di Stoccolma, Svezia), con decisione del 2 maggio 2019, pervenuta in cancelleria il 7 maggio 2019, nel procedimento *Konsumentombudsmannen* contro *Mezina AB*,

LA CORTE (Decima Sezione),  
composta da I. Jarukaitis, presidente di sezione, E. Juhász (relatore) e M. Ilešič, giudici,  
avvocato generale: J. Kokott  
cancelliere: A. Calot Escobar  
vista la fase scritta del procedimento,  
considerate le osservazioni presentate:

- per il *Konsumentombudsmannen*, da I. Nyström, in qualità di agente;
- per *Mezina AB*, da K. Ladenfors e S. Hanson, advokater;
- per il governo ellenico, da V. Karra, G. Papadaki e E. Tsaousi, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da K. Simonsson, B. Rous Demiri e G. Tolstoy, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l’avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,  
ha pronunciato la seguente

---

<sup>29</sup> Cfr. S. MASINI, *Prime note sulla disciplina europea delle indicazioni nutrizionali e sulla salute*, in *Riv. dir. giur. agr. amb.*, 2007, pp. 73 ss.

### Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 5 e 6, in combinato disposto con l'articolo 10, paragrafo 1, e l'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento (CE) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari (G.U. 2006, L 404, pag. 9; rettifica in G.U. 2007, L 12, pag. 3, e G.U. 2015, L 45, pag. 22), come modificato dal regolamento (CE) n. 107/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008 (G.U. 2008, L 39, pag. 8) (in prosieguo: il «regolamento n. 1924/2006»), e dell'articolo 3 della Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la Direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («Direttiva sulle pratiche commerciali sleali») (G.U. 2005, L 149, pag. 22, e rettifica in G.U. 2009, L 253, pag. 18).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra il Konsumentombudsmannen (mediatore per la difesa dei consumatori, Svezia) (in prosieguo: il «KO») e Mezina AB in merito alla conformità al diritto dell'Unione e al diritto nazionale delle indicazioni sulla salute utilizzate da quest'ultima.

Contesto normativo

*Diritto dell'Unione*

*Regolamento n. 1924/2006*

3 I considerando 14 e 17 del regolamento n. 1924/2006 sono così formulati:  
«(14) Vi è una vasta gamma di indicazioni attualmente utilizzate nell'etichettatura e nella pubblicità degli alimenti in alcuni Stati membri che fanno riferimento a sostanze il cui effetto benefico non è ancora stato dimostrato, o in merito al quale non esiste allo stato un consenso scientifico sufficiente. È necessario garantire che le sostanze per le quali è fornita un'indicazione abbiano dimostrato di avere un effetto nutrizionale o fisiologico benefico.

[...]

(17) La fondatezza scientifica dovrebbe essere l'aspetto principale di cui tenere conto nell'utilizzo di indicazioni nutrizionali e sulla salute, e gli operatori del settore alimentare che fanno uso di indicazioni dovrebbero giustificarle. Un'indicazione dovrebbe essere scientificamente corroborata, tenendo conto del complesso dei dati scientifici disponibili e valutando gli elementi di prova».

4 Al Capo I del regolamento n. 1924/2006, intitolato «Oggetto, ambito di applicazione e definizioni», l'articolo 1 del regolamento, a sua volta intitolato «Oggetto e ambito di applicazione», enuncia quanto segue:

«1. Il presente regolamento armonizza le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri concernenti le indicazioni nutrizionali e sulla salute, al fine di garantire l'efficace funzionamento del mercato interno e al tempo stesso un elevato livello di tutela dei consumatori.

2. Il presente regolamento si applica alle indicazioni nutrizionali e sulla salute figuranti in comunicazioni commerciali, sia nell'etichettatura sia nella presentazione o nella pubblicità dei prodotti alimentari forniti al consumatore finale.

[...]».

5 Il Capo II del regolamento n. 1924/2006, intitolato "Principi generali", comprende gli articoli da 3 a 7 dello stesso.

6 L'articolo 3 di tale regolamento, intitolato "Principi generali per tutte le indicazioni", così dispone:

«Le indicazioni nutrizionali e sulla salute possono essere impiegate nell'etichettatura, nella presentazione e nella pubblicità dei prodotti alimentari immessi sul mercato [dell'Unione] solo se conformi alle disposizioni del presente regolamento.

Fatt[a] salv[a la Direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità (G.U. 2000, L 109, pag. 29), e la Direttiva 84/450/CEE del Consiglio, del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole (G.U. 1984, L 250, pag. 17)], l'impiego delle indicazioni nutrizionali e sulla salute non può:

a) essere falso, ambiguo o fuorviante;

[...]».

7 L'articolo 5 del citato regolamento, intitolato "Condizioni generali", così dispone:

«1. L'impiego di indicazioni nutrizionali e sulla salute è permesso soltanto se sono rispettate le seguenti condizioni:

a) si è dimostrato che la presenza, l'assenza o il contenuto ridotto in un alimento o categoria di alimenti di una sostanza nutritiva o di altro tipo rispetto alla quale è fornita l'indicazione ha un effetto nutrizionale o fisiologico benefico, sulla base di prove scientifiche generalmente accettate;

[...]

2. L'impiego di indicazioni nutrizionali e sulla salute è consentito solo se ci si può aspettare che il consumatore medio comprenda gli effetti benefici secondo la formulazione dell'indicazione.

[...]».

- 8 L'articolo 6 del medesimo regolamento, intitolato "Fondatezza scientifica delle indicazioni", recita:
- «1. Le indicazioni nutrizionali e sulla salute sono basate su prove scientifiche generalmente accettate.
  2. L'operatore del settore alimentare che formula un'indicazione nutrizionale o sulla salute giustifica l'impiego di tale indicazione.
  3. Le autorità competenti degli Stati membri possono chiedere a un operatore del settore alimentare o a chi immette il prodotto sul mercato di presentare tutti gli elementi e i dati pertinenti comprovanti il rispetto del presente regolamento».
- 9 Il Capo IV del regolamento n. 1924/2006, intitolato "Indicazioni sulla salute", comprende gli articoli da 10 a 19 dello stesso.
- 10 L'articolo 10 di tale regolamento, intitolato "Condizioni specifiche", enuncia quanto segue:
- «1. Le indicazioni sulla salute sono vietate, a meno che non siano conformi ai requisiti generali del capo II e ai requisiti specifici del presente Capo e non siano autorizzate a norma del presente regolamento e incluse nell'elenco delle indicazioni autorizzate di cui agli articoli 13 e 14.  
[...]
  3. Il riferimento a benefici generali e non specifici della sostanza nutritiva o dell'alimento per la buona salute complessiva o per il benessere derivante dallo stato di salute è consentito soltanto se accompagnato da un'indicazione specifica sulla salute inclusa negli elenchi di cui agli articoli 13 o 14.  
[...]
- 11 L'articolo 13 del suddetto regolamento, intitolato "Indicazioni sulla salute diverse da quelle che si riferiscono alla riduzione del rischio di malattia e allo sviluppo e alla salute dei bambini", così prevede:
- «1. Le indicazioni sulla salute che descrivono o fanno riferimento ai seguenti elementi:
    - a) il ruolo di una sostanza nutritiva o di altro tipo per la crescita, lo sviluppo e le funzioni dell'organismo, o  
[...]  
che sono indicate nell'elenco di cui al paragrafo 3 possono essere fornite senza essere oggetto delle procedure di cui agli articoli da 15 a 19, purché siano:
      - i) basate su prove scientifiche generalmente accettate e
      - ii) ben comprese dal consumatore medio.
  2. Gli Stati membri forniscono alla Commissione gli elenchi delle indicazioni di cui al paragrafo 1 entro il 31 gennaio 2008, corredati delle relative condizioni applicabili e dei riferimenti alla fondatezza scientifica pertinente.
  3. Previa consultazione dell'Autorità [europea per la sicurezza alimentare (EFSA)], entro il 31 gennaio 2010 la Commissione adotta, secondo la

procedura di regolamentazione con controllo di cui all'articolo 25, paragrafo 3, un elenco comunitario, inteso a modificare elementi non essenziali del presente regolamento, integrandolo, delle indicazioni consentite di cui al paragrafo 1 e tutte le condizioni necessarie per il loro impiego.

[...].».

- 12 Al Capo V del regolamento n. 1924/2006, intitolato "Disposizioni generali e finali", l'articolo 28 del regolamento, intitolato "Misure transitorie", così dispone al paragrafo 5:

«Le indicazioni sulla salute di cui all'articolo 13, paragrafo 1, lettera a) possono essere fornite dalla data di entrata in vigore del presente regolamento fino all'adozione dell'elenco di cui all'articolo 13, paragrafo 3, sotto la responsabilità degli operatori economici del settore alimentare, purché siano conformi al presente regolamento e alle vigenti disposizioni nazionali applicabili e fatta salva l'adozione delle misure di salvaguardia di cui all'articolo 24».

*Direttiva 2005/29*

- 13 Ai termini del considerando 10 della Direttiva 2005/29:

«È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto [dell'Unione] esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. [...] Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto [dell'Unione] specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello [dell'Unione] non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. [...] La presente direttiva completa [...] l'acquis [dell'Unione] applicabile alle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori».

- 14 L'articolo 2 di tale direttiva, intitolato "Definizioni", così dispone:

«Ai fini della presente direttiva si intende per:

[...]

d) "pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori" (in seguito denominate "pratiche commerciali"): qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori;

[...].».

- 15 L'articolo 3 della citata direttiva, intitolato "Ambito di applicazione", prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali delle



imprese nei confronti dei consumatori, come stabilite all'articolo 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto.

[...]

3. La presente direttiva non pregiudica l'applicazione delle disposizioni [dell'Unione] o nazionali relative agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti.

4. In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme [dell'Unione] che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici.

[...]».

16 Ai sensi dell'articolo 5 della stessa direttiva, intitolato "Divieto delle pratiche commerciali sleali":

«1. Le pratiche commerciali sleali sono vietate.

2. Una pratica commerciale è sleale se:

a) è contraria alle norme di diligenza professionale,

e

b) falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

3. Le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. Ciò lascia impregiudicata la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera.

4. In particolare, sono sleali le pratiche commerciali:

a) ingannevoli di cui agli articoli 6 e 7

o

b) aggressive di cui agli articoli 8 e 9.

5. L'allegato I riporta l'elenco di quelle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali. Detto elenco si applica in tutti gli Stati membri e può essere modificato solo mediante revisione della presente direttiva».

*Diritto svedese*

17 L'articolo 5 del marknadsföringslagen (2008:486) [legge (2008:486) sulle pratiche commerciali], che ha trasposto la Direttiva 2005/29 nell'ordinamento

giuridico svedese, dispone che «la commercializzazione sia conforme alle buone pratiche commerciali».

18 L'articolo 10 di detta legge prevede quanto segue:

«Nell'ambito della commercializzazione un operatore non può fornire indicazioni inesatte o ingannevoli in relazione alla propria attività commerciale o a quella di terzi.

Il primo comma si applica in particolare alle indicazioni relative a:

1) esistenza, natura, quantità, qualità o altra proprietà distintiva del prodotto; [...].».

19 Da quanto esposto dal giudice del rinvio risulta che, conformemente a una giurisprudenza nazionale costante, l'onere della prova della veridicità delle indicazioni promozionali grava sul professionista interessato e che il livello di prova richiesto, per quanto riguarda le indicazioni nutrizionali e sulla salute, è «relativamente elevato».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

20 Mezina si occupa dell'elaborazione e della commercializzazione di medicinali e integratori alimentari naturali, tra i quali il Movizin complex, contenente zenzero, rosa canina e boswellia, il Macoform, a base di carciofo e tarassaco, e il Vistavital, a base di mirtilli.

21 Nell'ambito della commercializzazione di tali prodotti, che rientrano nella categoria dei «prodotti alimentari» ai sensi del regolamento n. 1924/2006, Mezina fornisce le seguenti indicazioni sulla salute:

«Movizin complex – per le vostre articolazioni»; «Lo zenzero può aiutare a mantenere la mobilità articolare e contribuire all'energia e alla vitalità»; «La rosa canina può aiutare la funzionalità delle articolazioni»; «La rosa canina può aiutare a proteggere le mie articolazioni e a mantenerle forti»; «Boswellia – la resina di questo albero è stata a lungo utilizzata, in particolare in India, per sostenere la mobilità e la flessibilità naturali delle articolazioni»; «Mi assicuro sempre di assumere una dose giornaliera di Movizin, in cui il boswellia aiuta al mantenimento del benessere articolare».

«Macoform – equilibrio dello stomaco»; «Il carciofo può contribuire alla normale digestione e aiutare il benessere dello stomaco»; «Il tarassaco può sostenere l'equilibrio del pH fisiologico e contribuire ad una normale funzione intestinale».

«Vistavital – mantiene la normale capacità visiva»; «Il mirtillo sostiene la funzionalità del microcircolo e della retina e contribuisce al benessere degli occhi»; «Mirtillo – aiuta a mantenere il normale funzionamento della retina».

22 Il KO ha adito il *Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt* (Tribunale per la proprietà intellettuale e il commercio con sede presso il Tribunale distrettuale di Stoccolma, Svezia) affinché vietasse a Mezina di fornire tali indicazioni sulla salute nell'ambito della commercializzazione dei prodotti di cui trattasi nel procedimento principale.

23 Per quanto riguarda, in primo luogo, le indicazioni sulla salute che fanno riferimento a una sostanza particolare (zenzero, rosa canina, boswellia,

- carciofo, tarassaco e mirtillo), il KO ricorda che esse rientrano nel regime transitorio istituito all'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006, poiché la Commissione non ha ancora preso posizione sulle relative domande di iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 13, paragrafo 3, di tale regolamento. Il medesimo KO sostiene, tuttavia, che dette indicazioni, alcune delle quali peraltro già oggetto di parere sfavorevole da parte dell'EFSA, non soddisfano i requisiti di cui all'articolo 28, paragrafo 5, sopraccitato, in quanto contrarie non solo all'articolo 3, secondo comma, lettera a), e agli articoli 5 e 6 del medesimo regolamento, ma anche alle disposizioni nazionali pertinenti, segnatamente agli articoli 5 e 10 della legge (2008:486).
- 24 Mezina, infatti, non avrebbe dimostrato che la presenza di sostanze nutritive nei prodotti di cui trattasi nel procedimento principale abbia un effetto fisiologico benefico, sulla base di prove scientifiche generalmente accettate, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 1924/2006, né addotto prove scientifiche attestanti il rispetto delle disposizioni di tale regolamento, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, di quest'ultimo, né tantomeno dimostrato che le indicazioni sulla salute non sono false, ambigue o fuorvianti, in osservanza dell'articolo 3, secondo comma, lettera a), di detto regolamento.
- 25 Per quanto riguarda, in secondo luogo, le indicazioni sulla salute che non fanno riferimento a una sostanza particolare («Movizin complex – per le vostre articolazioni», «Macoform – equilibrio dello stomaco» e «Vistavital – mantiene la normale capacità visiva»), il KO fa valere, in via principale, che esse costituiscono indicazioni specifiche, cosicché, non essendo state oggetto di alcuna domanda di iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 13, paragrafo 3, del regolamento n. 1924/2006, non potrebbero essere autorizzate. In subordine, nell'ipotesi in cui tali indicazioni dovessero essere considerate come indicazioni sulla salute generali, e non specifiche, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 3, di tale regolamento, esse non potrebbero comunque essere autorizzate, in quanto non sarebbero accompagnate da indicazioni specifiche sulla salute consentite conformemente all'articolo 13, paragrafo 3, o ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento medesimo.
- 26 Dal canto suo, Mezina chiede il rigetto del ricorso.
- 27 Per quanto riguarda le indicazioni sulla salute che fanno riferimento a una sostanza particolare, Mezina sostiene che le indicazioni sulla salute rientranti nelle disposizioni transitorie dell'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006 non possono essere assoggettate, contrariamente a quanto pretende il KO, a requisiti probatori superiori a quelli ai quali devono rispondere le indicazioni sulla salute autorizzate dalla Commissione. In particolare, non sarebbe ragionevole esigere che un operatore del settore alimentare presenti, per indicazioni sulla salute rientranti in dette disposizioni transitorie, un fascicolo scientifico diverso da quello sulla base del quale è stata presentata la domanda di iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 13, paragrafo 3, di tale regolamento.

- 28 Per quanto riguarda le indicazioni sulla salute che non fanno riferimento a una sostanza particolare, Mezina sostiene che esse costituiscono indicazioni non specifiche e che, essendo accompagnate da indicazioni specifiche che devono essere autorizzate in applicazione dell'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006, sono conformi alle condizioni fissate all'articolo 10, paragrafo 3, di tale regolamento.
- 29 Il giudice del rinvio rileva che, trattandosi delle indicazioni sulla salute che descrivono o menzionano il ruolo di una sostanza nutritiva o di altro tipo per la crescita, lo sviluppo e le funzioni dell'organismo, come quelle di cui al procedimento principale, l'articolo 13 del regolamento n. 1924/2006 prevede che, qualora siano inserite nell'elenco redatto dalla Commissione, possano essere fornite senza autorizzazione preventiva, sempreché siano basate su prove scientifiche generalmente accettate e siano ben comprese dal consumatore medio.
- 30 Poiché la Commissione non ha completato l'elenco delle indicazioni autorizzate, di cui all'articolo 13, paragrafo 3, del regolamento n. 1924/2006, entro la data del 31 gennaio 2010, il giudice del rinvio si interroga sull'onere della prova della veridicità e sul livello di prova richiesto relativamente alle indicazioni non ancora in elenco.
- 31 Il giudice del rinvio considera che, nell'ambito del regime transitorio di cui all'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006, la formulazione dell'articolo 6 di quest'ultimo sembra implicare che l'onere della prova della veridicità dell'indicazione sulla salute gravi sull'operatore del settore alimentare o sul responsabile dell'immissione del prodotto sul mercato. Dal canto suo, l'impiego, all'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), del medesimo regolamento, dell'espressione «si è dimostrato» suggerirebbe che detto regolamento disciplini l'onere della prova, senza tuttavia designare la persona che deve provare la veridicità delle indicazioni.
- 32 Il giudice del rinvio aggiunge che il riferimento fatto da tali disposizioni alle «prove scientifiche [...] accettate» lascia intendere che il regolamento n. 1924/2006 stabilisca anche il livello di prova richiesto relativamente alle indicazioni sulla salute.
- 33 Detto regolamento non conterrebbe tuttavia disposizioni specifiche sulla procedura da seguire quando viene applicato in un procedimento nazionale, in particolare per quanto attiene all'assunzione delle prove e all'efficacia probatoria degli elementi di prova adottati. In un caso del genere e in forza dell'autonomia procedurale degli Stati membri, spetterebbe allora all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri supplire al silenzio normativo, rispettando al contempo i principi di equivalenza e di effettività.
- 34 Il giudice del rinvio si domanda, inoltre, se le norme nazionali vigenti in materia di pratiche commerciali sleali, adottate nell'ambito della trasposizione della Direttiva 2005/29, possano trovare comunque applicazione, nonostante che il regolamento n. 1924/2006 contenga norme che, disciplinando aspetti

specifici delle pratiche sleali, prevalgono e si applicano a tali aspetti specifici, come statuito dalla Corte in materia di normativa relativa ai medicinali (sentenza del 16 luglio 2015, Abcur, C544/13 e C545/13, EU:C:2015:481, punti 80 e 81).

- 35 A tal riguardo esso afferma che, anche quando si basa su prove scientifiche generalmente accettate, un'indicazione sulla salute può contenere un messaggio ambiguo o contraddittorio non passibile di autorizzazione, sicché le indicazioni sulla salute che rientrano nel regime transitorio di cui all'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006 non possono essere presunte conformi alle disposizioni di tale regolamento e a quelle della Direttiva 2005/29.
- 36 In tale contesto, il *Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt* (Tribunale per la proprietà intellettuale e il commercio con sede presso il Tribunale distrettuale di Stoccolma) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se gli articoli 5 e 6, in combinato disposto con gli articoli 10, paragrafo 1, e 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006, disciplinino l'onere della prova nel procedimento in cui il giudice nazionale valuta se siano state fornite indicazioni sulla salute non consentite, in una situazione in cui le indicazioni sulla salute in questione corrispondono a un'indicazione oggetto di domanda ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1924/2006, ma la domanda non ha ancora comportato una decisione di autorizzazione o di non autorizzazione, ovvero se l'onere della prova sia determinato in conformità del diritto nazionale.
  - 2) Nel caso in cui la risposta alla prima questione sia che l'onere della prova è disciplinato dalle disposizioni del regolamento n. 1924/2006, se esso incomba all'operatore commerciale che ha formulato una determinata indicazione sulla salute oppure all'autorità che chiede al giudice nazionale di vietare all'operatore di continuare a fornire tale indicazione.
  - 3) In una situazione come quella descritta nella prima questione, se gli articoli 5 e 6, in combinato disposto con gli articoli 10, paragrafo 1, e 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006, disciplinino il livello di prova nel procedimento in cui un giudice nazionale valuta se siano state fornite indicazioni sulla salute non consentite, ovvero se tale livello sia determinato in conformità del diritto nazionale.
  - 4) Nel caso in cui la risposta alla terza questione sia che il livello di prova è disciplinato dalle disposizioni del regolamento n. 1924/2006, quali siano i requisiti probatori.
  - 5) Se ai fini della risposta alle prime quattro questioni rilevi il fatto che nel procedimento dinanzi al giudice nazionale possono essere applicati simultaneamente il regolamento n. 1924/2006, compreso l'articolo 3, lettera a), e la Direttiva 2005/29».

Sulle questioni pregiudiziali

*Sulle questioni dalla prima alla quarta*

- 37 In via preliminare, occorre rilevare, da un lato, che, sebbene la controversia oggetto del procedimento principale riguardi sia le indicazioni sulla salute che non fanno riferimento ad alcuna sostanza particolare («Movizin complex – per le vostre articolazioni», «Macoform – equilibrio dello stomaco» e «Vistavital – mantiene la normale capacità visiva») sia le indicazioni sulla salute che fanno riferimento a una particolare sostanza (zenzero, rosa canina, boswellia, carciofo, tarassaco e mirtillo), solo queste ultime hanno dato luogo a una domanda di iscrizione nell'elenco previsto all'articolo 13, paragrafo 3, del regolamento n. 1924/2006 e sono oggetto dei quesiti posti dal giudice del rinvio nelle sue prime quattro questioni pregiudiziali.
- 38 Dall'altro lato, il giudice del rinvio muove dalla premessa secondo cui le indicazioni sulla salute che fanno riferimento a una sostanza particolare costituiscono indicazioni sulla salute specifiche, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 3, del regolamento n. 1924/2006, e rientrano nella categoria di quelle che descrivono o menzionano il ruolo di una sostanza nutritiva o di altro tipo per la crescita, lo sviluppo e le funzioni dell'organismo, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera a), di tale regolamento. È pertanto alla luce di tale premessa, che spetta comunque al giudice del rinvio verificare, che la Corte risponderà alle prime quattro questioni pregiudiziali.
- 39 Ciò posto, si deve rilevare che, con le sue questioni dalla prima alla quarta, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 5, paragrafo 1, l'articolo 6, paragrafi 1 e 2, l'articolo 10, paragrafo 1, e l'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006 debbano essere interpretati nel senso che, nell'ambito del regime transitorio istituito da quest'ultima disposizione, l'onere della prova e il livello di prova richiesto relativamente alle indicazioni sulla salute di cui all'articolo 13, paragrafo 1, lettera a), di detto regolamento sono disciplinati da tale regolamento e, in caso affermativo, quali sono i requisiti che ne derivano.
- 40 Nel caso di specie, siccome la Commissione non ha ancora preso posizione sulle domande di iscrizione delle indicazioni sulla salute di cui al procedimento principale nell'elenco previsto all'articolo 13, paragrafo 3, del regolamento n. 1924/2006, tali indicazioni sono soggette al regime transitorio istituito all'articolo 28, paragrafo 5, di detto regolamento (v., in tal senso, sentenza del 23 novembre 2017, Bionorica e Diapharm/Commissione, C596/15 P e C597/15 P, EU:C:2017:886, punto 88).
- 41 L'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006 prevede che, fino all'adozione dell'elenco di cui all'articolo 13, paragrafo 3, di tale regolamento, le indicazioni sulla salute di cui all'articolo 13, paragrafo 1, lettera a), del medesimo regolamento possano essere fatte «sotto la responsabilità degli operatori economici del settore alimentare, purché siano conformi al presente regolamento e alle vigenti disposizioni nazionali applicabili».



- 42 Quanto al requisito di conformità al regolamento n. 1924/2006 delle indicazioni sulla salute rientranti nel regime transitorio di cui all'articolo 28, paragrafo 5, dello stesso, occorre ricordare che l'articolo 10, paragrafo 1, del regolamento n. 1924/2006 enuncia che le indicazioni sulla salute sono vietate a meno che non siano conformi, in particolare, ai requisiti generali previsti al Capo II del regolamento medesimo.
- 43 Ebbene, in forza dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1924/2006, che fa parte del Capo II di quest'ultimo, l'impiego di un'indicazione sulla salute è permesso, in particolare, solo se si è dimostrato che la presenza di una sostanza nutritiva o di altro tipo rispetto alla quale è fornita l'indicazione ha un effetto nutrizionale o fisiologico benefico, «sulla base di prove scientifiche generalmente accettate».
- 44 Analogamente, l'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento n. 1924/2006 precisa che le indicazioni sulla salute devono «basa[rsi] su prove scientifiche generalmente accettate».
- 45 Pertanto, avendo disposto, sia all'articolo 5, paragrafo 1, sia all'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento n. 1924/2006, che le indicazioni sulla salute siano basate su «prove scientifiche generalmente accettate», il legislatore dell'Unione ha determinato il livello di prova richiesto al riguardo.
- 46 Il ricorso all'espressione «prove scientifiche generalmente accettate» implica che siffatte prove non possano limitarsi a credenze, dicerie tratte dalla saggezza popolare o, ancora, a osservazioni ed esperienze di persone estranee alla comunità scientifica.
- 47 Al contrario, l'impiego di una tale espressione implica che le indicazioni sulla salute siano basate su elementi obiettivi e scientifici e che, in particolare, i vantaggi delle sostanze a cui tali indicazioni sulla salute si riferiscono godano, come indicato al considerando 14 del regolamento n. 1924/2006, di un consenso scientifico sufficiente. Inoltre, e come richiesto dal considerando 17 di tale regolamento, le indicazioni sulla salute devono essere «scientificamente corroborat[e], tenendo conto del complesso dei dati scientifici disponibili e valutando gli elementi di prova».
- 48 Passando all'onere della prova, occorre rilevare, da un lato, che l'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006 prevede che, fino all'adozione dell'elenco di cui all'articolo 13, paragrafo 3, di tale regolamento, le indicazioni sulla salute siano fornite «sotto la responsabilità degli operatori economici del settore alimentare» e, dall'altro lato, che, a norma dell'articolo 6, paragrafo 2, di detto regolamento, «[l]’operatore del settore alimentare che formula un’indicazione nutrizionale o sulla salute giustific[hi] l’impiego di tale indicazione».
- 49 La convenuta nel procedimento principale fa tuttavia valere che il regolamento n. 1924/2006 non può essere interpretato nel senso di imporre all'operatore del settore alimentare interessato che produca le proprie prove e prepari lui stesso studi scientifici o li commissioni a istituzioni adatte.



- 50 A tal riguardo è giocoforza constatare che l'articolo 5, paragrafo 1, e l'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento n. 1924/2006 non richiedono nulla di simile, ma fanno nondimeno obbligo all'operatore del settore alimentare interessato di poter giustificare le indicazioni sulla salute che fornisce.
- 51 Gli elementi di prova adottati possono essere quelli contenuti nel fascicolo predisposto a sostegno della domanda di iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 13, paragrafo 3, del regolamento n. 1924/2006 oppure provenire da altre fonti, a condizione di avere un valore scientifico sufficiente.
- 52 Di conseguenza, nell'ambito del regime transitorio istituito all'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006, un operatore del settore alimentare che decida di fornire un'indicazione sulla salute deve, sotto la propria responsabilità, conoscere gli effetti sulla salute della sostanza oggetto di tale indicazione (v., in tal senso, sentenza del 10 aprile 2014, Ehrmann, C609/12, EU:C:2014:252, punto 43), il che implica che egli sia in grado di provare la realtà di tali effetti e che l'onere della prova sia a suo carico.
- 53 Peraltro, pur disciplinando l'onere della prova e il livello di prova richiesto relativamente alle indicazioni sulla salute di cui al suo articolo 13, paragrafo 1, lettera a), il regolamento n. 1924/2006 non disciplina i tipi di prova e nemmeno le loro modalità di assunzione. Ne risulta che, come rilevato dal giudice del rinvio, tali questioni restano soggette al diritto nazionale, fatta salva l'applicazione dei principi di equivalenza e di effettività.
- 54 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alle questioni dalla prima alla quarta dichiarando che l'articolo 5, paragrafo 1, l'articolo 6, paragrafi 1 e 2, l'articolo 10, paragrafo 1, e l'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento n. 1924/2006 devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito del regime transitorio istituito da quest'ultima disposizione, l'onere della prova e il livello di prova richiesto relativamente alle indicazioni sulla salute di cui all'articolo 13, paragrafo 1, lettera a), di tale regolamento sono disciplinati dal regolamento stesso, il quale esige che l'operatore del settore alimentare interessato sia in grado di giustificare le indicazioni che fornisce sulla base di prove scientifiche generalmente accettate. Tali indicazioni devono basarsi su elementi oggettivi che godano di un consenso scientifico sufficiente.

*Sulla quinta questione*

- 55 Con la sua quinta questione il giudice del rinvio si interroga, in sostanza, sulle disposizioni che occorre applicare in caso di conflitto tra le norme istituite dal regolamento n. 1924/2006 e quelle contenute nella Direttiva 2005/29.
- 56 Dall'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva 2005/29 risulta che quest'ultima si applica alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori, come stabilite all'articolo 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto. L'articolo 2, lettera d), della medesima direttiva definisce le «pratiche commerciali» come

- «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».
- 57 Come risulta da una giurisprudenza costante della Corte, la Direttiva 2005/29 è caratterizzata da un ambito di applicazione materiale particolarmente ampio, che si estende a qualsiasi pratica commerciale presenti un nesso diretto con la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto ai consumatori (sentenza del 16 luglio 2015, Abcur, C544/13 e C545/13, EU:C:2015:481, punto 74 e giurisprudenza citata).
- 58 Occorre tuttavia rilevare che, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 3, la Direttiva 2005/29 «si applica lasciando impregiudicata l'applicazione delle disposizioni [dell'Unione] o nazionali relative agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti» e che, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 4, «[i]n caso di contrasto tra le disposizioni [di detta direttiva] e altre norme [dell'Unione] che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici».
- 59 Da tali disposizioni discende quindi che la Direttiva 2005/29 si applica solo in assenza, da un lato, di specifiche disposizioni dell'Unione o nazionali in materia di salute e di sicurezza dei prodotti e, dall'altro, come risulta dal suo stesso considerando 10, di specifiche disposizioni dell'Unione che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione o le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Lo stesso considerando precisa, inoltre, che la Direttiva 2005/29 offre una tutela ai consumatori ove a livello dell'Unione non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti.
- 60 Ebbene, contenendo norme specifiche riguardo alle indicazioni sulla salute che compaiono nell'etichettatura, nella presentazione dei prodotti alimentari immessi sul mercato dell'Unione e nella relativa pubblicità, il regolamento n. 1924/2006 costituisce una *lex specialis* rispetto a norme generali, poste a tutela dei consumatori contro le pratiche sleali delle imprese, come quelle previste dalla Direttiva 2005/29 (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2015, Abcur, C544/13 e C545/13, EU:C:2015:481, punto 80 e giurisprudenza citata).
- 61 Ne consegue che, in caso di conflitto tra le disposizioni della Direttiva 2005/29 e quelle del regolamento n. 1924/2006, in particolare le disposizioni che figurano nel Capo II di quest'ultimo, le disposizioni di questo secondo strumento prevalgono e verranno applicate a siffatti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2015, Abcur, C544/13 e C545/13, EU:C:2015:481, punto 81).
- 62 Occorre pertanto rispondere alla quinta questione sollevata dichiarando che, in caso di conflitto tra le disposizioni del regolamento n. 1924/2006 e quelle

della Direttiva 2005/29, le disposizioni di tale regolamento prevalgono e trovano applicazione alle pratiche commerciali sleali in materia di indicazioni sulla salute ai sensi del medesimo regolamento.

Sulle spese

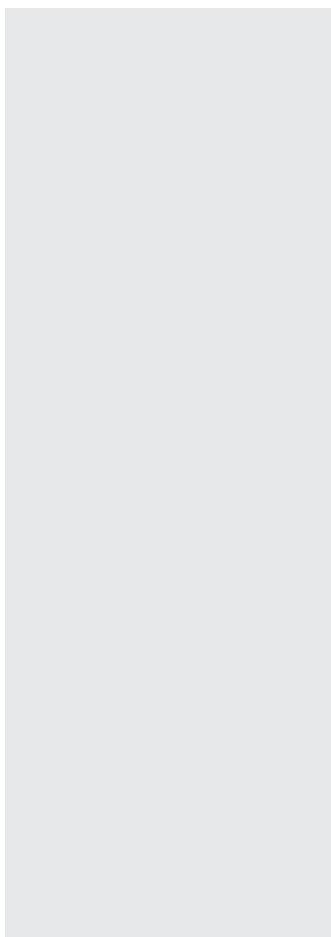
63 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Decima Sezione) dichiara:

- 1) L'articolo 5, paragrafo 1, l'articolo 6, paragrafi 1 e 2, l'articolo 10, paragrafo 1, e l'articolo 28, paragrafo 5, del regolamento (CE) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, come modificato dal regolamento (CE) n. 107/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito del regime transitorio istituito da quest'ultima disposizione, l'onere della prova e il livello di prova richiesto relativamente alle indicazioni sulla salute di cui all'articolo 13, paragrafo 1, lettera a), di tale regolamento sono disciplinati dal regolamento stesso, il quale esige che l'operatore del settore alimentare interessato sia in grado di giustificare le indicazioni che fornisce sulla base di prove scientifiche generalmente accettate. Tali indicazioni devono basarsi su elementi oggettivi che godano di un consenso scientifico sufficiente.
- 2) In caso di conflitto tra le disposizioni del regolamento n. 1924/2006, come modificato dal regolamento n. 107/2008, e quelle della Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la Direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («Direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), le disposizioni di tale regolamento prevalgono e trovano applicazione alle pratiche commerciali sleali in materia di indicazioni sulla salute ai sensi del medesimo regolamento.



# PROFESSIONI, CULTURA E SOCIETÀ





# Il ruolo dell'avvocatura davanti al giudice *inventore* del diritto: note di politica forense a margine dell'ultimo lavoro di Paolo Grossi

Riccardo Bianchini

---

## Il giudice *inventore* del diritto

L'ultimo lavoro di Paolo Grossi porta un titolo emblematico: *Oltre la legalità*<sup>1</sup>.

I concetti su cui ruotano i cinque saggi di cui si compone il volume, così come l'ideario di fondo che ne sorregge le argomentazioni, non sono nuovi ed anzi riprendono e riassumono l'esito di un percorso avviato da tempo dal prestigioso giurista. Ciò nondimeno, la ripresa e lo sviluppo delle tesi che oramai da anni Grossi espone con estrema forza persuasiva e convincenti ricostruzioni storiche, risulta – se possibile – ancor più destabilizzante per quella *tralatizia forma mentis* giuridica che veda nel giudice un mero esecutore della volontà del legislatore (o meglio: che veda in un tale dover essere del giudice, a discapito di ogni evidenza fenomenica che sveli l'irrealtà di essa, una pretesa normativa irrinunciabile della modernità giuridica e quindi, da tale punto di vista, della civiltà giuridica stessa).

Una *forma mentis* che Grossi stigmatizza senza timore e senza risparmiare pesanti accuse di arretratezza culturale, pigrizia intellettuale e nostalgico conformismo rispetto ad un passato oramai superato dal tempo. La posizione che Grossi attacca è quella che, autorevolmente e con più forza di altri, espone Natalino Irti nei suoi molti lavori dedicati alla crisi della fattispecie e alla perdita predittibilità della decisione giuridica<sup>2</sup>.

Il fulcro dei testi raccolti nel volume di Grossi sta nell'attacco a due parole-concetto centrali nella narrazione della modernità del diritto: "legalità", intesa come tendenziale esclusività della volontà del legislatore rispetto ad ogni altra forma di produzione del diritto; "separazione dei poteri", che nel principio di legalità trova il proprio presupposto teorico e di cui costituisce, per così dire, la ricaduta applicativa e ulteriormente validante il primo concetto.

Il punto, nelle argomentazioni di Grossi, sta in quel momento epifanico nella storia politica e giuridica del Novecento costituito dal costituzionalismo postmoderno. Le costituzioni del Novecento differiscono radicalmente dalle co-

---

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari-Roma 2020.

<sup>2</sup> Fra cui si segnala, in particolare, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2014, p. 41.



stituzioni che, nell'ambito della piena modernità di fine settecento, l'esperienza francese e l'esperienza statunitense hanno lasciato in eredità. E la differenza sta in un nesso tra politica, diritto e società che allora, nel fine settecento francese e nordamericano, risultava assente: un nesso giocato all'insegna di un ritrovato pluralismo che la cultura moderna, intrinsecamente legata all'affermazione borghese, aveva invece dissolto entro i confini di un giusnaturalismo strumentale alla logica della classe dominante.

L'astrazione giusnaturalista dell'uguaglianza formale e dello stato di natura, secondo Grossi, non faceva altro che mascherare il predominio politico dell'emergente terzo stato che, per affermarsi, necessitava di una teoresi giuridica e politica favorevole alla logica economica di una borghesia capitalista (e poi imperialista, potremmo aggiungere). In questa chiave di lettura certamente meta-giuridica (se per giuridico si deve intendere la sola analisi di diritto positivo o, più in generale, un approccio che ricerchi una scienza pura del diritto, rigorosamente formalistica e astratta da ogni contaminazione di tipo sociologico) il principio di legalità e il principio della separazione dei poteri si svelano per ciò che sono, o meglio per ciò che sono stati: lo strumento per affermare pragmaticamente la supremazia di una visione del mondo che, attraverso i concetti giuridici e il loro corrispondente ideario, salvaguardasse l'interesse monoclasse alla piena espansione della logica mercantile.

Proprio il rapporto tra potere di un'unica classe sociale e diritto è quello che interessa: le costituzioni del primo costituzionalismo, così come la conseguente produzione normativa primaria, affondavano su di una visione non pluralista dei valori. Una visione, al contrario, monoliticamente borghese.

E non sembra un caso – potremmo notare a sommosa conferma delle tesi di Grossi – che nel classico di de Tocqueville *La democrazia in America*, il magistrato francese vedesse nella tendenziale uniformità censuale, culturale e religioso della società nordamericana (o, perlomeno, uniformità rispetto alle enormi differenze sociali presenti allora in Europa) una delle principali condizioni di possibilità di una democrazia che non sfociasse nella violenta tirannide della maggioranza.

Con le costituzioni del Novecento, connesse ad un processo di ampliamento del diritto di voto e quindi della rappresentatività politica, l'ordinamento – che nelle costituzioni trova la propria pietra angolare – si fa pluralista.

Le tesi esposte da Grossi sono quelle già ampiamente praticate, fra gli altri e con grande nitidezza, da Habermas<sup>3</sup> e Zagreblesky<sup>4</sup>: ma ovviamente non si intende qui affermare una mancanza di autonomia delle tesi di Grossi, che anzi da decenni porta avanti il proprio lavoro di ricostruzione, quanto piuttosto segnalare le consonanze.

<sup>3</sup> In particolare, J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino 2007 [1992].

<sup>4</sup> Il riferimento obbligato è a G. ZAGREBLESKY, *Il diritto mite: legge diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992.

Una costituzione pluralista, specchio di una società oramai pacificamente pluralista (e quindi non più filtrata da dispositivi giuridico-politici che ne appiattivano la fisionomia sull'unico monolitico profilo della borghesia-capitalista) e dunque portatrice di valori contrastanti l'uno con l'altro: questo il segno del "pos-moderno" che Grossi invoca come cesura netta rispetto al passato moderno. Un passato in cui – ecco il punto che si vuol sottolineare – il ruolo del giudice, asservito dai principi di legalità e di separazione dei poteri è quello di un mero esecutore della volontà del titolare del potere legislativo.

Plausibile o meno che fosse la ricostruzione operata dalla narrazione moderna (e lo stesso Grossi tende a dubitarne, rilevando come la prassi giudiziaria non rispecchiasse una teoresi così marcatamente tesa a derubricare il giudice a mero operatore di inferenze logiche), sicuramente essa non ha più alcuna attinenza con lo scenario successivo all'introduzione di costituzioni che sono portatrici di valori plurali e che sono assistite dalla caratteristica della rigidità.

In breve: il giudice si trova innanzi a norme che richiedono la sua cooperazione per riempirsi di significato in modo estremamente più complesso rispetto al passato. Mentre nella cultura giuridica moderna, segnata come detto da una visione monolitica, le clausole generali e i principi (necessari momenti di adattamento della norma al fatto) potevano trovare una piana composizione nell'opera di giudici abituati ad operare entro una cornice di coerenza fortemente stringente, la contrapposizione di valori tutti quanti assistiti dal rango di valore costituzionale porta il giudice a rendersi interprete in senso forte: "inventore", secondo il lessico del Grossi che, con tale locuzione, non intende una soggettivistica e arbitraria azione della giurisprudenza, quanto piuttosto un'opera di svelamento, di ritrovamento di un diritto che affonda nella fatticità sociale nella norma giuridica, secondo l'etimologia della parola stessa (*inventio*, appunto).

Ma una cosa appare certa: il diritto, nel suo farsi sempre più giurisprudenziale, si rende meno predittibile.

### **La calcolabilità del diritto e le garanzie del sistema**

Non pare fuor di luogo ricordare un recente volume dedicato alla "calcolabilità del diritto"<sup>5</sup>, aperto proprio da un saggio di Irti<sup>6</sup> che, anche in tale sede, stigmatizza in modo profondo la perdita di centralità della legge rispetto all'opera interpretativa e la conseguente emersione di un ruolo sempre più preminente della giurisprudenza. Per inciso, vale la pena di notare come in pressoché tutti i saggi contenuti in tale volume si ricordi come Weber collegasse esplicitamente le esigenze del capitalismo alla calcolabilità *ex ante* della decisione giuridica: l'imprenditore ha infatti necessità di inserire nel proprio computo di costi e ri-

---

<sup>5</sup> A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, il Mulino, Bologna 2017, che raccoglie gli interventi del convegno tenutosi a Roma il 23 giugno 2016 sul tema della calcolabilità giuridica.

<sup>6</sup> N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO, cit., pp. 17 ss.

cavi anche l'esito delle decisioni giuridiche (soprattutto avverse), di tal ch  solo un diritto perfettamente calcolabile   un diritto virtuosamente connesso alle ragioni dello sviluppo del mercato: assioma mai problematizzato da nessuno degli autori del volume, salvo la lucida, per quanto lapidaria, considerazione esposta da Alpa nel proprio saggio, il quale nota come «la calcolabilit  [del diritto]   un invito a violare la parola data, a subordinare l'etica alla convenienza»<sup>7</sup>.

Ad ogni modo, anche gli avversari delle tesi di Grossi contestano in qualche modo l'ottimismo con cui esso guarda al ritrovato ruolo del giudice quale inventore del diritto (piuttosto che esecutore della volont  del sovrano) ma non certo la sua analisi fattuale: non vi   chi non sostenga che il ruolo della giurisprudenza negli ordinamenti di *civil law*   oggi, e oramai da anni, completamente mutato. Un mutamento che emancipa in modo netto il giudice dal dover sentirsi fedelmente asservito al canone interpretativo imposto dal legislatore delle Preleggi per farsi invece interprete del pluralismo dei valori costituzionali proprio del Novecento "pos-moderno".

E con questo, ossia con la fine del predominio esclusivista del principio di legalit , per il principio di separazione dei poteri non resta che il ruolo di veltusto concetto di una modernit  oramai trapassata e che aspetta solo di essere svelato per quel che  : un orpello teorico oramai privo di attinenza con la realt  fenomenica.

E qui sorge tuttavia un duplice tema. Il primo riguarda un aspetto di enorme portata teorica e che non pu  essere certo affrontato in questa sede; il secondo inerente il ruolo dell'avvocatura e il suo rapporto con la magistratura, sul quale si intende concentrare gli ultimi passaggi di questa breve analisi.

Il primo aspetto ha a che fare con gli strumenti di garanzia che l'ordinamento pone quale contrappeso al ritrovato ruolo creativo della giurisprudenza: se il giudice (e soprattutto il giudice costituzionale) ha potuto vigilare affin  il legislatore non tradisca le promesse della Carta costituzionale e non infici i suoi contenuti, e se nel fare ci  ha trasformato l'ordinamento stesso in un ordinamento pienamente "pos-moderno" in cui la prassi giurisprudenziale assume un ruolo centrale nel momento interpretativo/creativo della norma giuridica, chi – o quali dispositivi istituzionali – vigila affin  il potere giudiziario non si trovi privo di quei contrappesi che gli evitino una deriva pericolosamente autoreferenziale? Ed   questo, in fin dei conti, che coloro che Grossi accusa di "pigrizia intellettuale" temono: la deriva di una magistratura autoreferenziale e priva di controlli esterni a se stessa.

Tema certamente troppo vasto per le forze qui messe in campo. Perlomeno se il tentativo fosse quella di un'esaustiva risposta teorica.

Il secondo aspetto riguarda invece quella sempre pi  tragicamente avvertita perdita di rilevanza istituzionale, sociale e finanche forense dell'avvocatura. In

<sup>7</sup> G. ALPA, *Note sulla calcolabilit  del diritto nel sistema nordamericano*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilit  giuridica*, cit., p. 85.

termini più recisi: l'avvocato contemporaneo, l'avvocato della "pos-modernità", soffre di una progressiva perdita di capacità di influire proprio nel settore che, tradizionalmente, era affidato alla sua competenza.

### **L'avvocatura davanti al giudice inventore**

L'avvocato nei sistemi di *civil law* non è più l'instancabile conoscitore della legge<sup>8</sup>, della fonte scritta. E non lo è più perché ciò gli sarebbe insufficiente per svolgere la sua funzione, dovendo invece ben conoscere, semmai, quale sia l'orientamento giurisprudenziale prevalente, a discapito di ogni considerazione in ordine alla condivisibilità o meno di tale orientamento.

Il ragionamento è semplice: se il giudice non è più l'applicatore di inferenze logiche, ma l'*inventore* del diritto stesso (sebbene nel senso impiegato dal Grossi) e se dunque il suo operare produce risultati non calcolabili (ma tutt'al più stimabili in ragione delle precedenti decisioni), viene a mancare per il giurista, e soprattutto per l'avvocato, la possibilità di confrontarsi da pari a pari con il giudicante. Fintanto che il giudice interpreta il proprio ruolo quale esecutore passivo e privo di capacità creatrice, il diritto rimane un terreno neutrale su cui avvocatura e magistratura (e scienza giuridica) possono confrontarsi in modo paritario (anzi, un terreno in cui il ruolo di protagonista è svolto da quella scienza giuridica dedita alla sistemazione razionale dei concetti, competente al massimo grado nell'arte dell'inferenza logica e punto di riferimento per magistratura e avvocatura). Ma quando il diritto è frutto anche dell'opera mediatrice del giudice, l'avvocato perde la possibilità di sindacare la decisione giudiziaria: o meglio può sindacarla soltanto agganciando il proprio ragionamento alle statuizioni di altri giudici e, tutt'al più e comunque debolmente, a criteri di coerenza sistematica (che comunque risentono delle decisioni giudiziarie e sui quali si tornerà in conclusione del lavoro).

Se non è la sola inferenza logica a guidare l'interpretazione normativa (e probabilmente non lo è mai stato, ma oggi si rende pienamente palese che non lo sia affatto) l'avvocato non è capace di contrapporre all'interpretazione del giudice un altrettanto autorevole interpretazione per il semplice fatto che il diritto che deve conoscere l'avvocato è proprio ciò che il giudice deciderà. Vale qui la stringente massima che il pragmatico Giudice Holmes, metteva in capo ad uno dei suoi più citati scritti a fine Ottocento: «*When we study law we are not studying a mystery but a well-known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court*»<sup>9</sup>.

Prima che ragioni sociali ed economiche, la crisi oramai endemica dell'avvocatura sembra trovare una ragione spietatamente teorica: l'avvocato è un

---

<sup>8</sup> Ma considerazioni analoghe potrebbero farsi anche in relazione ai sistemi di *common law*, sul punto per una sintetica disamina, G. ALPA, cit., pp. 93 ss.

<sup>9</sup> O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 10/1897, p. 457.

giurista come lo è il giudice, ma il giudice è un giurista che oltre a conoscere il diritto, lo “crea” (le virgolette servono qui a depotenziare un’affermazione per molti inaccettabile e a renderla più moderatamente metaforica). Entrambi sono giuristi, ma – come si direbbe nella fattoria di Orwell – “qualcuno è più giurista di un altro”: il giurista-giudice, soprattutto, lo è in modo diverso, un modo che supera e travalica il confine segnato dal principio di separazione dei poteri che disegnava i contorni della figura del giurista per distinguerlo dal politico. Una crisi, quindi, irreversibile in quanto a perdita di influenza in ambito – anche –forense.

Ma vi è forse una via di fuga diagonale. Una via di fuga che potrebbe ricavare un ruolo per l’avvocatura tale da mitigare anche quella carenza di contrappesi al ruolo del giudice.

Se il giudice è interprete/creatore del diritto, e se non vi sono dispositivi giuridici (che non siano un altro giudice) per sindacare e correggere la scelta del giudicante, potrebbe aprirsi ad una diversa prospettiva ricercando nella logica della coerenza di sistema il criterio di sindacato sull’operato del giudice: un sindacato non giurisdizionale e neppure giuridico, ma un sindacato di tipo latamente politico all’insegna di un’ottica di appartenenza comunitaria che rivaluti il luogo del Foro. Un sindacato, cioè, che non ha niente a che fare con la logica di una scienza pura del diritto che ruoti attorno al concetto di validità.

È l’avvocatura, nella sua capillare diffusione territoriale, che può infatti vigilare affinché i singoli magistrati, nel loro operare quotidiano, pur liberi di rendersi *inventori* di un diritto che – per fondate ragioni teoriche – oramai sfugge alle maglie del positivismo formalista, si mantengano dentro i confini di coerenza del discorso giuridico praticato dalla comunità di giuristi.

E, conviene aggiungere, pur nell’epoca della globalizzazione (se siamo ancora in essa...) il ruolo della comunità vincolata da un’appartenenza territoriale rimane centrale (e forse lo è ancora di più).

La riscoperta del Foro, di ogni singolo Foro, animato dai giuristi che prendono parte alla prassi giudiziaria e che possono conoscere e prontamente commentare ogni discostamento dalla cornice di coerenza data dal composito insieme di cui si costituisce l’ordinamento “pos-moderno”. Commentare e, se del caso, aspramente criticare sul piano della corretta interpretazione normativa decisioni giudiziarie prese non dal lontano giudice che nessuno incontrerà nelle occasioni della vita forense, ma da quei medesimi membri della comunità giuridica che si ritrova nella prassi quotidiana.

Ecco l’ipotesi di via di fuga: se il giudice ha mutato il proprio ruolo rendendosi artefice dell’ordinamento giuridico in forza del mutato assetto politico-istituzionale che ha condotto alle Costituzioni del Novecento, e se ciò rende, a un tempo, proibitivo individuare meccanismi giuridici di controllo dell’operato della magistratura e svilito il ruolo dell’avvocato (e dell’avvocatura nel suo insieme) relegandolo al ruolo di giurista minorato rispetto al potere del giurista-giudice, l’avvocatura potrebbe riprendere il proprio ruolo e, insieme, cooperare

alla costruzioni di adeguati contrappesi per il potere giudiziario, edificando un capillare sistema di controllo di coerenza delle decisioni assunte ogni giorno in ogni Foro: un controllo latamente politico, nel senso che affonda non più nella logica dell'argomentazione inferenziale e nella sanzione della invalidità/inefficiacia, ma nella logica dell'appartenenza morale ad una comunità, nel senso e nel desiderio di rispetto che ogni consociato ambisce ad ottenere nell'ambito della propria comunità di riferimento. (Sembra d'obbligo sottolineare che il riferimento alla sfera politica non vada inteso in senso di mera rappresentività partitico/parlamentare, ma solo nella classica – per quanto teoricamente attaccabile – contrapposizione tra sfera del politico e sfera del giuridico: non si tratta di riesumare un controllo politico inteso alla maniera della prima *cour de cassation* e dei vari *conseil du roi*, ma un controllo latamente politico in quanto affidato al comune senso di appartenenza, sociale e civico, di magistrati, avvocati e pratici del diritto alla comunità dei giuristi).

La proposta pratica è quindi quella di un vigoroso ritorno alle rassegne giurisprudenziali “del Foro di”, animate non soltanto dal desiderio di aggiornare e aggiornarsi sulle più recenti novità giurisprudenziali, quanto piuttosto dal sentirsi portatori della possibilità di cooperare a ricostruire una coerenza di sistema dell'ordinamento attraverso la diligente e spregiudicatamente aperta discussione in ordine alle decisioni locali meritevoli di essere, nel bene o nel male, segnalate. Se è passato il tempo della molteplicità delle riviste dedicate all'aggiornamento giurisprudenziale, travolte da banche dati sempre più complete (sebbene – occorre dirlo – sempre meno utili, perché incapaci di distinguere un precedente rilevante dalla molteplicità di sterili ripetizioni di principi assodati) e da motori di ricerca che guidano loro stessi verso l'obiettivo della ricerca, la necessità non è più (soltanto) quella di riviste che annotino i *grands arrêts* delle corti superiori o i novissimi orientamenti dei giudici di merito. Il ruolo può essere estremamente più ambizioso: quello di vigile sentinella della coerenza del sistema. Una coerenza funzionale a rinvenire – e quindi *inventare* – un contrappeso al potere pericolosamente autoreferenziale della magistratura in quest'epoca in cui il principio di separazione dei poteri, come Grossi efficacemente ci mostra, svela tutta la propria inconsistenza teorica e pratica.

Un ruolo per l'avvocatura (unica in grande di svolgere in modo diffuso questo compito, per competenze, possibilità di mobilitazione e capacità di sottrarsi ad indebite pressioni, e dunque onerata dal principio di “prossimità”) che la riporti ad occuparsi non più soltanto della cura degli interessi dei singoli clienti degli appartenenti alla categoria, ma alla cura della società civile in cui opera e di cui può costituire – come dovrebbe ambire a fare – un vigile e salubre spirito critico.

Più che inserire formalmente la figura dell'avvocato nella Costituzione nella speranza di risollevarne la rilevanza istituzionale, lo svolgimento effettivo di un ruolo di contrappeso nell'insieme delle garanzie costituzionali restituirebbe all'avvocatura e a chi si fregia di appartenervi quella rilevanza sociale da tempo oramai sbiadita.



## Postilla (polemica) sulla didattica del diritto

All'interno del paradigma culturale della modernità giuridica, legato al formalismo giuridico e alla separazione dei poteri, in cui il giudice è mero esecutore della legge, il ruolo della scienza giuridica è (stato) centrale: e la sua rilevanza si misura, in modo netto, in quell'impostazione normativa ancora oggi vigente secondo cui un docente di materie giuridiche acquisisce, *ex se*, lo *ius postulandi*, dandosi per scontata la sua preparazione in ordine alla capacità di patrocinare diritti e interessi innanzi ad ogni corte.

Ma se il diritto è sempre più diritto giurisprudenziale, se la fatticità del diritto evocata da Grossi riemerge in prassi contrattuali, procedimenti amministrativi e processi giudiziari dove (come ben sanno i giuristi pratici) processo/procedimento e diritto sostanziale sono intrinsecamente legati e reciprocamente si influenzano senza poter trincerarsi dietro confini teorici utili solo a dividere le competenze di settori accademici, ma inesistenti nella prassi quotidiana (dove questioni processuali, sostanziali e, per di più, afferenti a diversi rami del diritto si trovano spesso intrecciate fra loro); se tutto ciò, come pare ragionevole credere, segna un paradigma del tutto diverso, quello del diritto "pos-moderno", in cui il giudice è *inventore* del diritto, forse allora quel rapporto fra avvocatura (e pratici del diritto in generale) e scienza giuridica dovrebbe ribaltarsi. Dovrebbe essere accertata la conoscenza effettiva della pratica forense a chi intenda esercitare lo *ius postulandi*, e, soprattutto, dovrebbe essere accertato che chi insegna diritto (quello che serve nella vita dei tribunali di ogni giorno: ossia l'unica cosa che possiamo chiamare "diritto") abbia una effettiva pratica di ciò che avviene nelle aule di tribunali (come magistrato o come avvocato), nelle prassi commerciali o nei procedimenti amministrativi.

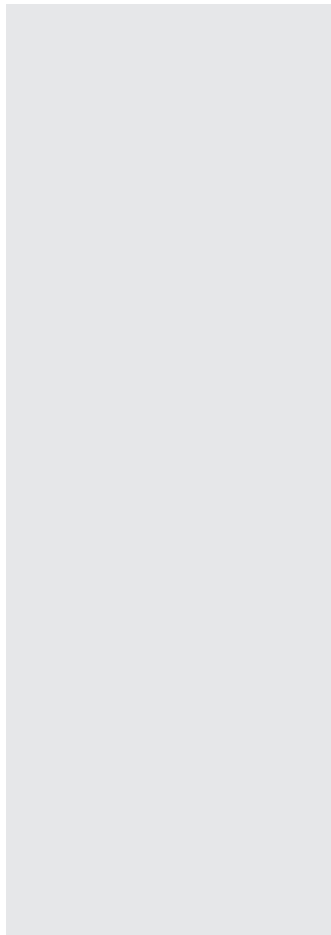
Ché, altrimenti, sarebbe come affidare l'insegnamento della medicina ad un medico che non abbia mai visitato un malato né abbia mai provato a curarlo, essendosi limitato ad osservare le carte che ne descrivono la condizione dalla comoda poltrona del suo studiolo. Ossia, quello che troppo spesso avviene oggi in ambito universitario, laddove le conoscenze acquisite risultano del tutto disancorate dalla effettiva realtà della pratica giuridica.

### **Abstract**

*This paper aims to show the link between the role played by judges after the XIX Century constitutions and the fall of the lawyer's relevance. The starting point is the last book of professor Grossi, where the author proves how new constitutions have changed the traditional character of civil law systems, giving again the judges an important place relating to the co-creation of the law. The thesis is that in this new layout, lawyers, inevitably, loose in relevance: lawyers and judges are both legal experts, but now the judge's opinion is the law itself (and there is no other power checking it). However, the professional body of lawyers can find a new way to grasp a useful position to balance the power of the judges.*



# BIBLIOTECA





## Recensione a *Il diritto dell'era digitale* di Giovanni Pascuzzi\*

Giuseppe Spoto

---

Il volume<sup>1</sup> di Giovanni Pascuzzi spinge ad una importante riflessione sui vantaggi delle tecnologie dell'era digitale, invitando ogni giurista ad un necessario aggiornamento per rispondere ai numerosi interrogativi che derivano dal rapporto tra informatica e diritto. La prima considerazione da svolgere, sfogliando l'indice, può essere sintetizzata con l'espressione di una ricerca accurata e completa. Il lavoro si divide in quattro parti in successione, che costituiscono differenti capitoli di un unico ideale percorso argomentativo, ma che hanno il pregio di potere eventualmente essere letti separatamente. Dopo una introduzione sul rapporto tra diritto e informatica, dove viene sottolineata la necessità per ogni giurista di completare la sua formazione attraverso le più moderne e attuali conoscenze della tecnologia digitale, l'autore si preoccupa di offrire una preziosa rassegna dei concetti fondamentali in materia, esaminando il regime giuridico del *software* e alcune definizioni di base in materia di *hardware*, algoritmi e sull'evoluzione di internet. La seconda parte è dedicata a descrivere come le tecnologie digitali (hanno cambiato e) stanno cambiando le regole giuridiche. Molto spesso, la tecnologia ha influenzato addirittura le posizioni giuridiche da tutelare, come ad esempio è avvenuto nel caso del diritto alla riservatezza, che da mero diritto ad essere lasciati soli, si è trasformato in diritto all'autocontrollo delle informazioni gestite da terzi. Le nuove tecnologie modificano le modalità di conclusione dei contratti e di esecuzione dei pagamenti, ma anche il regime delle prove, rendendo obsolete molte delle regole giuridiche pregresse e invocando l'applicazione di nuove. Il problema più delicato è quello della ridefinizione dei concetti, perché spesso la tecnologia stravolge profondamente la morfologia degli istituti giuridici, rendendo indispensabile da parte di ciascun interprete collocarsi in una prospettiva di inevitabile rinnovamento culturale per affrontare con metodologie adeguate problemi giuridici inediti. Nel libro non mancano gli approfondimenti specifici: all'*Internet of Things*, alle enormi potenzialità offerte dalla *blockchain*, agli *smart contracts* e ai problemi in tema di protezione del diritto d'autore nell'era digitale. Ulteriori approfondimenti sono poi dedicati all'intelligenza artificiale e alla robotica, nonché agli esempi di democrazia elettronica e amministrazione digitale. L'ultima parte del volume affronta in concreto le difficoltà di applicare le tutele tradizionali del diritto in

---

<sup>1</sup> GIOVANNI PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, il Mulino, Bologna 2020, pp. 396.

ambito digitale, considerando il tema della deterritorializzazione di internet e del dibattito internazionale sul governo della rete, nonché i maggiori rischi in materia di cibersicurezza.

Nelle conclusioni, l'autore ritiene che «il nuovo non sostituisce il vecchio», perché in realtà la stessa definizione di ciò che è nuovo deve essere chiarita, visto che «spesso il nuovo è tale solo perché ha qualcosa di precedente con cui potersi confrontare».

Non tutti i cambiamenti dell'era digitale sono però da guardare come effettivo progresso ed è bene avviare una riflessione che tenga conto dei pericoli che si nascondono dietro l'adesione incondizionata ai nuovi strumenti dell'era digitale. Questo è proprio il compito del giurista, che deve fare in modo che il diritto non arretri di fronte alla tecnica e che tutto ciò che sia in grado di aumentare il potere dell'uomo non sia accompagnato da un regresso dei valori.

## Notizie sugli autori

**Riccardo Bianchini**

Avvocato

**Giulia Corsini**

Dottoressa in Giurisprudenza

**Paola D'Elia**

Assegnista di ricerca e Dottore di ricerca

**Annalisa Pomes**

Avvocato e Dottore di ricerca

**Michele Salazar**

Avvocato, Componente CNF

**Giuseppe Spoto**

Professore associato di Diritto privato nell'Università Roma Tre

## Norme di Autodisciplina del Comitato dei revisori

1. I contributi inviati alla rivista per la pubblicazione sono soggetti necessariamente ad approvazione dei revisori.
2. La revisione è affidata, in conformità alle linee di politica editoriale della Rivista, a due membri del Comitato dei revisori all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore.
3. È assicurato l'anonimato dei valutatori.
4. In caso di pareri contrastanti, la Direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio, assumendosi la responsabilità della verifica.

### CRITERI REDAZIONALI

Si chiede agli autori di osservare i seguenti criteri redazionali.

I testi devono essere corredati da

- nome e cognome dell'autore
- qualifica (2 righe di presentazione, max 150 caratteri spazi inclusi)
- istituto universitario o ente di appartenenza
- recapiti (indirizzo completo, anche di posta elettronica, e numero di telefono)
- breve abstract in inglese (6/10 righe)

1. Sia il testo sia le note devono essere trasmessi via e-mail in formato Word all'indirizzo: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it.
2. Si raccomanda che gli **articoli** siano contenuti in **25.000 battute note comprese**. È preferibile che il testo sia suddiviso in parti o paragrafi non numerati. Per le **recensioni** il testo va contenuto in **7.500 battute note comprese** e, solo in casi eccezionali per l'importanza del libro recensito, in circa 10.000 battute note comprese.
3. Le **note a piè di pagina** devono essere possibilmente contenute in poche righe.

### INDICAZIONI TIPOGRAFICHE

#### FORMATO PAGINA

Si prega di impostare la pagina con i seguenti margini:

- margine inferiore 2,5
- margine superiore 2,5
- margine destro 2,5
- margine sinistro 2,5

I rientri sono da impostare a 1 cm.

#### CARATTERI ED INTERLINEA

Il testo dell'articolo e delle note eventuali va impostato con interlinea 1 e in carattere Garamond sia in tondo che in corsivo.

#### TITOLI

I titoli degli articoli devono essere stampati in carattere Garamond, grandezza 13.

I titoli dei paragrafi, o delle parti del testo, in carattere Garamond, corsivo, grassetto, grandezza 11.

#### PARAGRAFI

Le parti o i paragrafi in cui è suddiviso il testo non vanno numerati.

#### NOTE A PIÈ DI PAGINA

Le note a piè di pagina vanno numerate progressivamente nel testo.

L'interlinea deve avere valore 1 e non devono essere impostati rientri.

## CRITERI REDAZIONALI

I **nomi di enti, istituti, organizzazioni**, e simili, siano essi italiani o stranieri, vanno scritti in tondo senza virgolette e con l'iniziale maiuscola. Esempio: Camera di Commercio, Commissione Tributaria Centrale, Comunità Europea, Corte di Cassazione, Corte Costituzionale, Corte dei Conti, Ministero delle Finanze, Tribunale, Unione Europea, Università di Milano, Associazione Italiana Giovani Avvocati, Scuole forensi, Paesi, Facoltà di giurisprudenza.

Nei **nomi composti** da più parole e la maiuscola va usata di norma solo per la prima parola. Esempio: Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Corte di giustizia dell'U.E., ecc.

Negli acronimi l'uso delle maiuscole determinata dalla normalità della scrittura. Esempio: AIGA, UCPI, CNF, Coa.

Tale criterio vale anche per la punteggiatura. Esempio: CEDU, D.M., C.E.D. Cass.

Le **espressioni in lingua straniera** fatte proprie dall'autore nel contesto del discorso vanno scritte in corsivo: es. *iter, status, tout court, fair play*.

Non vanno scritte in corsivo le parole straniere entrate stabilmente nel lessico italiano (es., standard, leader, computer, common law).

Le parole latine vanno sempre in corsivo, salvo che si tratti di una citazione riportata tra virgolette (in tal caso andrà in tondo tra virgolette).

Per rispettare la **correttezza ortografica** nell'uso di ciascuna lingua, si segnala quanto segue:

- l'uso degli accenti, anche per quanto riguarda l'italiano («perché», non «perchè»; «poiché», non «poichè»; «cioè», non «cioé»; «è», non «é»);
- la è maiuscola non va scritta con apostrofo, ma: È (su Word: Inserisci - Simbolo);
- va rispettato l'uso degli spazi: per esempio, non inserire lo spazio prima dei segni di interpunzione, inserire lo spazio prima della parola che segue i segni. (... Assenza: allora...);
- per lo slash usare solo / e non \;

Si raccomanda infine di uniformare l'uso delle virgolette:

- virgolette basse o caporali («...»): per citazioni di testi e discorsi diretti.
- virgolette alte ("..."): per sottolineare parole alle quali si intende attribuire un particolare significato.

Termini quali avvocatura, consiglio dell'ordine ecc. vanno in minuscolo.

Le date devono essere scritte per esteso (Esempio: 9 febbraio 1995).

**Citazioni:** le citazioni in italiano o in lingua straniera vanno scritte **fra virgolette basse** («...») negli stessi caratteri del testo in cui sono inserite (tondo, se il testo è in tondo, corsivo, se il testo è in corsivo).

I **riferimenti** possono essere fatti fra parentesi nel testo (es., M. FUMAROLI, 2002, p. 402), se vi è bibliografia pubblicata in fondo all'articolo, oppure inserendo le note a piè di pagina.

Quando c'è un'omissione all'interno di una citazione, va segnalata non con i soli puntini, ma con puntini tra parentesi quadra [...]

Si prega di evitare le sottolineature e il neretto.

I **titoli** delle opere letterarie, cinematografiche, teatrali citati nel testo vanno indicati in corsivo (es. *Codice dei Diritti umani e fondamentali, Trattato dell'argomentazione, La lingua, la legge, la professione forense, Il verdetto*)

**Per le citazioni di volumi:** in maiuscoletto la iniziale del nome e, per esteso, il cognome dell'autore, titolo in corsivo, casa editrice, luogo di pubblicazione, anno di pubblicazione, volume o parte, pagina o pagine citate (p. / pp. – non pag. o pagg.): es. R. DANOVI, *Commentario del Codice deontologico forense*, Giuffrè, Milano 2001, p. 82.

La stessa regola vale per:

- i volumi collettivi, per i quali va aggiunta la segnalazione: (a cura di). Per esempio: A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003;
- i titoli di opere autonome pubblicate in raccolte generali o in volumi di *opera omnia*. Per esempio: S. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in N. PICARDI - B. SASSANI - F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, E.S.I., Napoli 2001, p. 127.

**Per le citazioni di articoli contenuti in riviste o pubblicazioni periodiche:** iniziale del nome e, per esteso in maiuscoletto, cognome dell'autore, titolo in corsivo, titolo della rivista o del periodico abbreviato in corsivo, volume, anno, numero del fascicolo e delle pagine: es., M. ROSSI, *Ordinamento professionale e accesso alla professione*, in *Rass. forense*, 1/1995, p. 139.



La stessa regola vale per le citazioni di articoli o saggi contenuti in volumi collettivi: es., A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, PLUS, Pisa 2004.

Per la **ripresa di citazioni**, va usato il corsivo per le espressioni: *ibid.* e *op. cit.*, che non sono precedute dal titolo dell'opera; il tondo, per l'espressione: *cit.*, che è preceduta dal titolo dell'opera.

Per le citazioni di **opere su internet** l'indirizzo va scritto in tondo. Ad es. [www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf).

Le citazioni dei **testi normativi** vanno abbreviate e scritte in tondo o in corsivo minuscoli secondo il carattere del testo (es.: l., d.lgs., d.P.R., reg.).

**Recensioni:** in testa vanno indicati gli elementi bibliografici completi del testo che si recensisce, sia esso libro o articolo, cioè il nome per esteso dell'autore o degli autori, il titolo completo (compreso il sottotitolo, se esiste), il luogo e la data di pubblicazione e il numero delle pagine: es., HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, pp. 329.

**I titoli in lingua** che usano un alfabeto non latino o in lingua non alfabetica vanno citati nella traslitterazione scientifica in lettere latine, seguita dalla traduzione nella lingua in cui è scritto il saggio.

**Le tabelle e i grafici** vanno numerati progressivamente, con l'indicazione del titolo in corsivo: (es., Tabella 1. *Scuole forensi italiane*; Figura 1. *Scuole forensi italiane*). L'indicazione della fonte da cui i dati sono tratti va posta in calce alla tabella o al grafico.

Le abbreviazioni delle riviste e pubblicazioni periodiche e di dizionari ed enciclopedie vanno eseguite secondo la prassi editoriale comune.

Es.: OSTI, voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.* IV, Torino 1959, 462.

Cass. 29 settembre 1977, in *Riv. Pen.*, 1977, p. 952.

## Sigle

cap. e capp. = capitolo e capitoli

cfr. = confronta: rimanda genericamente a un testo, senza indicare un punto preciso

cit. = citato

ed. = edizione

*et al.* = e altri

fig. e figg. = figura e figure

*ibid.* = nello stesso testo che è stato citato nella nota precedente, ed esattamente nella stessa pagina; seguito dal numero di pagina se queste ultime sono diverse

*infra* = vedi più avanti

n. e nn. = nota e note

[N.d.A.] = nota dell'autore

[N.d.C.] = nota del curatore

[N.d.R.] = nota del redattore

[N.d.T.] = nota del traduttore

p. e pp. (e non: pag. o pagg.) per indicare la singola pagina o le pagine

par. e parr. = paragrafo e paragrafi

*passim* = in diversi punti (quando il concetto a cui si fa riferimento è espresso in una fonte non in una pagina precisa ma qua e là)

s. e ss. = seguente e seguenti

s.d. = senza data (nel caso in una fonte non sia riportata la data di edizione)

s.l. = senza luogo (nel caso in una fonte non sia riportato il luogo di edizione)

sez. = sezione

[*sic*] = proprio così. Si usa quando si riporta una citazione che contiene una parola strana o sbagliata, facendo così capire che non si tratta di errore proprio ma dell'autore della citazione.

tab. = tabella

tav. = tavola

tr. o trad. = traduzione

vol. e voll. = volume e volumi

## Abbreviazioni

### FONTI E VOCI ATTINENTI

Corte eur. dir. uomo = Corte europea dei diritti dell'uomo  
G.U.P = Giudice dell'udienza preliminare  
Atti parl. Cam. = Atti parlamentari della Camera dei deputati  
Atti parl. Sen. = Atti parlamentari del Senato  
circ. = circolare  
d. interm. = decreto interministeriale  
d.C.p.S. = decreto del Capo provvisorio dello Stato  
disp. prel. = disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)  
disp.reg. = disposizioni regolamentari  
d.l. = decreto-legge  
d.lgs. = decreto legislativo  
d.m. = decreto ministeriale  
d.P.R. = decreto del Presidente della Repubblica  
d.p. giunta reg. = decreto del presidente della giunta regionale  
l. = legge  
l. cost. = legge costituzionale  
l. rg. = legge regionale  
l. prov. = legge provinciale  
r.d.l. = regio decreto-legge  
r.d.lgs. = regio decreto legislativo  
r.d. = regio decreto  
reg. = regolamento  
r.m. = risoluzione ministeriale  
t.u. = testo unico

### ORGANI GIUDICANTI

App. = corte di appello  
App. mil. = corte militare di appello  
Ass. = corte di assise  
Ass. app. = corte di assise di appello  
BGH = Bundesgerichtshof  
BverfG = Bunderverfassungsgericht  
Cass. = Corte di cassazione  
Cass., sez. un. = Corte di cassazione, sezioni unite  
Cass. civ. = Corte di cassazione civile  
Cass. pen. = Corte di cassazione penale  
C. conti = Corte dei conti  
C. cost. = Corte costituzionale  
C. giust. CEEA = Corte di giustizia della Comunità europea del carbone e dell'acciaio  
C. giust. CE = Corte di giustizia delle Comunità europee  
C.I.J. = Court internationale de justice  
Coll. Arb. = Collegio Arbitrale  
Comm. centr. imp. = commissione centrale delle imposte  
Comm. tribut. 1° = commissione tributaria di 1° grado  
Comm. tribut. 2° = commissione tributaria di 2° grado  
Com. tribut. centr. = Commissione tributaria centrale  
Cons. reg. sic. = Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana  
Cons. St. = Consiglio di Stato  
Cons. St., ad. gen. = Consiglio di Stato, adunanza generale  
Cons. St. ad. plen. = Consiglio di Stato, adunanza plenaria  
G.U.P. = Giudice dell'udienza preliminare  
Giud. Pace = Giudice di pace  
G.I. = Giudice istruttore  
G.I.P. = Giudice per le indagini preliminari

Giud. Tut. = Giudice tutelare  
Lodo arb. = Lodo Arbitrale  
Proc. Rep. = Procura della Repubblica  
Proc. Gen. App. = Procura generale presso la Corte d'appello  
P.M. = Pubblico ministero  
Pret. = pretura  
TAR = tribunale amministrativo regionale  
Trib. = tribunale  
Trib. acque = tribunale regionale delle acque pubbliche  
Trib. Ce = tribunale di I grado delle Comunità europee  
Trib. mil. = tribunale militare territoriale  
Trib. sup. acque = Tribunale superiore delle acque pubbliche  
Trib. sup. mil. = Tribunale supremo militare

#### DIZIONARI ED ENCICLOPEDIA

Digesto Pen. = Digesto IV ed. Disciplinare penalistiche  
Digesto Civ. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Civile  
Digesto Comm. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Commerciale  
Digesto Pubbl. = Digesto IV ed. Disciplinare pubblicistiche  
Enc. Dir. = Enciclopedia del Diritto  
Enc. forense = Enciclopedia forense  
Enc. giur. = Enciclopedia giuridica, Treccani  
Enc. giur. Lav. = Enciclopedia giuridica del lavoro  
N.D.I. = Nuovo digesto italiano  
Nss. D.I. = Novissimo digesto italiano

#### COSTITUZIONE, CODICI e ATTI INTERNAZIONALI

Accordo = Accordo  
c.c. 1865 = Codice civile del 1865  
c. cons. = Codice del consumo  
c. nav. = Codice della navigazione  
c. p.i. = Codice della proprietà industriale  
c.str. = Codice della strada  
c. comm. = Codice di commercio  
c.p.c. = Codice di procedura civile  
c.p.p. 1930 = Codice di procedura penale del 1930  
c.p.p. = Codice di procedura penale  
c.p.m.g. = Codice penale militare di guerra  
c.p.m.p. = Codice penale militare di pace  
c.p. = Codice penale  
Conv. = Convenzione  
Cedu = Convenzione europea dei diritti dell'uomo  
Cost. = Costituzione della Repubblica  
Dir. = Direttiva  
Disp. Att. = Disposizione di attuazione  
L. inv. = Legge invenzioni  
L. fall. = Legge fallimentari  
Trattato = Trattato



---

Finito di stampare nel mese di gennaio 2021  
da Tipografia Monteserra Srl – Vicopisano (PI)  
per conto di Pisa University Press