

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LVII – n. 1-2 – Gennaio-Giugno 2018

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

AVVERTENZA

*In questo numero della Rivista sono pubblicati gli Atti del trentesimo convegno annuale di AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana) tenutosi a Bologna nei giorni 14-17 settembre 2017, sul tema «Contratto e attività d'impresa nel digitale» (Problemi e soluzioni nel commercio elettronico di oggi).
Le relazioni presentate al Convegno sono inserite nella rubrica «Documentazione» unitamente alla presentazione degli Atti del Convegno.*

ARTICOLI

Fausto Capelli - CULTURA DELL'ETICA E DELLA LEGALITÀ IN UN MONDO DOMINATO DALLA POLITICA E DALL'ECONOMIA (Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni) - PARTE TERZA - ETICA E LEGALITÀ IN POLITICA E IN ECONOMIA NEL SISTEMA DEMOCRATICO ITALIANO - PRIMA SEZIONE - Rispetto dell'etica e della legalità in politica e in economia nei Paesi retti con il sistema democratico e in particolare nello Stato italiano: valutazione degli insegnamenti del passato (Culture of Ethics and Legality in a World Dominated by Politics and Economics (How to Safeguard the Interests of the Citizens

Pag. 1

and Provide for the Defense of Common Goods) - PART THREE - Ethics and Legality in Politics and in Economy in the Italian Democratic System - FIRST SECTION - Respect for Ethics and Legality in Politics and Economics in the Countries Governed with the Democratic System and in Particular in the Italian State: Evaluation of the Teachings of the Past

COMMENTI

- Luca Granelli - Una nuova prospettiva della Corte di giustizia sull'applicabilità delle esenzioni IVA alle prestazioni rese agli intermediari nel trasporto internazionale* Pag. 65
(A New Perspective of the Court of Justice About the Extension of VAT Exemption to Supplies Rendered to Intermediaries at an Earlier Stage in the Commercial Chain of the International Transport)
- Federico Forni - Il primato del diritto dell'Unione europea legittima il riconoscimento di un nuovo nome* » 77
(The Supremacy of European Union Law Legitimizes the Recognition of a New Name)
- Nico Longo - Considerazioni a margine del caso ICSID Urbaser: tra Responsabilità Sociale d'Impresa ed "International Corporate Human Rights Obligations"?* » 117
(Considerations on the ICSID Case "Urbaser v. Argentina": Between Corporate Social Responsibility and International Corporate Human Rights Obligations?)
- Salvatore Guzzi, La proroga di giurisdizione per volontà delle parti nel Regolamento (Ue) n. 1215/2012: nuove prospettive* » 131
(The Agreements Conferring Jurisdiction in the Regulation (EU) 1215/2012. New Perspectives)
- Giacomo Dalla Valentina - La riforma della composizione della Corte di giustizia dell'Unione europea* » 153
(The Reform of the Composition of the Court of Justice of the European Union)

Atti del trentesimo Convegno annuale di AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana) tenutosi a Bologna nei giorni 14-17 settembre 2017, sul tema «Contratto e attività d'impresa nel digitale» (Problemi e soluzioni nel commercio elettronico di oggi)

<i>Irene Elettra Pelargonio</i> - Presentazione del Convegno	Pag. 183
<i>Giusella Finocchiaro</i> - Il perfezionamento del contratto <i>on line</i> : opportunità e criticità (<i>The Conclusion of On Line Contracts: Opportunities and Challenges</i>)	» 187
<i>Teresa Rodríguez de las Heras Ballell</i> - Il paradigma della responsabilità degli intermediari digitali nel contesto di una economia di piattaforme (<i>platform economy</i>) (<i>The Paradigm of Digital Intermediary Liability in the Context of a Platform Economy</i>)	» 203
<i>Samantha Alvares</i> - <i>Geórgia Costa</i> - <i>Ellen Key Passini</i> - Brevi note sul contratto elettronico nel diritto brasiliano (<i>Brief Notes on Electronic Contracts in Brazilian law</i>)	» 223
<i>Stefano A. Cerrato</i> - Negoziare in rete: appunti su contratti e realtà virtuale nell'era della digitalizzazione (<i>Negotiation in the World Wide Web: Remarks on Contractual Agreements and Virtual Reality in the Age of Digitisation</i>)	» 233
<i>Gisella Levi Caroti</i> - I contratti <i>on line</i> negli USA: disciplina di riferimento e giurisprudenza (<i>On line Contracts in the United States</i>)	» 267
<i>Nicola Putignano</i> - Il lavoro al tempo dell' <i>e-commerce</i> (<i>Work in the E-commerce Era</i>)	» 279
<i>Iannis Tsamichas</i> - Commercio elettronico: stipula di contratti per via elettronica secondo la normativa greca (<i>E-commerce: Stipulation of Contracts by Electronic Means According to the Greek Regulations</i>)	» 287
<i>Aurora Visentin-Portanelli</i> - <i>Alessandro Bianco</i> - La disciplina dell' <i>e-commerce</i> nell'ordinamento giuridico francese: novità normative (<i>The Framework of E-commerce in the French Legal System: New Regulations</i>)	» 295

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Maria Migliazza - Informazione vs. comunicazione nel diritto dell'Unione europea
(*Information vs. Communication in European Law*)

Pag. 305

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Le esenzioni Iva si applicano non solo alle imprese esercenti il trasporto internazionale ma anche alle imprese che operano nelle fasi antecedenti della catena commerciale come intermediari e subappaltatori

Sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2017 in causa n. C-33/16

A Oy, con l'intervento di *Veronsaajien oikeudenvälvontayksikkö*
(con commento di *Luca Granelli*)

» 63

Doppia cittadinanza e mutamento di nome patronimico: prevalenza del diritto dell'Unione sulla disciplina nazionale

Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15

Mircea Florian Freitag

(con commento di *Federico Forni*)

» 75

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia chiarisce la nozione di consumatore nell'ambito del *social network* Facebook

Sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2018 in causa n. C-498/16

Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited

» 97

Un'organizzazione religiosa può scegliere i propri lavoratori per le loro convinzioni personali se ciò è essenziale, legittimo e giustificato

Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2018 in causa n. C-414/16

Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV

» 98

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento n. 261/2004 per individuare le circostanze eccezionali che consentano ad un vettore aereo di sottrarsi al risarcimento dei passeggeri e di circoscrivere le compensazioni in caso di ritardi

Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2018 in cause riunite n. C-195/17, da n. C-197/17 a n. C-203/17, n. C-226/17, n. C-228/17, n. C-254/17, n. C-274/17, n. C-275/17, da n. C-278/17 a n. C-286/17 e da n. C-290/17 a n. C-292/17

Helga Krüsemann e altri c. TUIfly GmbH

Pag. 101

Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 2018 in causa n. C-274/16, n. C-447/16 e n. C-448/16

flightright GmbH c. Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA (C-274/16), Roland Becker c. Hainan Airlines Co. Ltd (C-447/16), e Mohamed Barkan, Souad Asbai, Assia Barkan, Zakaria Barkan, Nousaiba Barkan c. Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA (C-448/16)

» 102

Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2018 in causa n. C-537/17

Claudia Wegener c. Royal Air Maroc SA

» 103

La Corte di giustizia specifica che gli agenti commerciali hanno diritto all'indennità sulla base della direttiva n. 86/653/Cee quando la cessazione del contratto di agenzia si verifica nel periodo di prova

Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2018 in causa n. C-645/16

Conseils et mise en relations (CMR) Sarl c. Demeures terre et tradition Sarl

» 105

Il soggetto che è stato vittima in passato di atti di tortura nel proprio Paese d'origine può invocare la protezione sussidiaria prevista dalla direttiva n. 2004/83/Ce se prova di non poter essere curato in maniera adeguata in tale Paese

Sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2018 in causa n. C-353/16

MP c. Secretary of State for the Home Department

» 106

- La Corte di giustizia interpreta la nozione di diritto di visita ai sensi del Regolamento n. 2201/2003 riconoscendolo anche ai nonni nei confronti dei loro nipoti**
 Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2018 in causa n. C-335/17
Neli Valcheva c. Georgios Babanarakis Pag. 108
- La Corte di giustizia circoscrive la responsabilità di un amministratore di una *fanpage* su Facebook**
 Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2018 in causa n. C-210/16
Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH,
 con l'intervento di: *Facebook Ireland Ltd, Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht* » 109
- La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 79/7/Cee sulla parità di trattamento nei confronti di una persona che ha cambiato sesso**
 Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2018 in causa n. C-451/16
MB c. Secretary of State for Work and Pensions » 112

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

- Il lodo arbitrale *Urbaser***
 Award of ICSID Tribunal on 8 December 2016 - Case No. ARB/07/26
Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic » 115
 (con commento di *Nico Longo*)

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

- Nuove regole per la risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale: la scelta della giurisdizione è demandata alla volontà delle parti**
 Regolamento (Ue) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione

delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione) - Articoli 25 e 26 (con commento di <i>Salvatore Guzzi</i>)	Pag. 129
Aumenta il numero dei giudici del Tribunale dell'Unione a garanzia di una maggiore efficacia dell'esercizio del di- ritto di difesa e di un processo più veloce ed efficiente Regolamento (Ue, Euratom) n. 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2015 recante mo- difica del protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea (con commento di <i>Giacomo Dalla Valentina</i>)	» 149
Consiglio europeo	
Conclusioni del Consiglio europeo del 22 marzo 2018	» 175
Conclusioni del Consiglio europeo del 23 marzo 2018 (art. 50) - Orientamenti	» 177
Conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018	» 179
Conclusioni del Consiglio europeo del 29 giugno 2018 (art. 50)	» 181
RECENSIONI	
<i>Vito Rubino</i> , I limiti alla tutela del "Made in" fra integrazione europea e ordinamenti nazionali (<i>Luca Calzolari</i>)	» 315
<i>Luca Paladini</i> , Il servizio europeo per l'azione esterna - Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo (<i>Elisa Baroncini</i>)	» 319
Hanno collaborato a questo numero	» 323

ARTICOLI

CULTURA DELL'ETICA E DELLA LEGALITÀ IN UN MONDO DOMINATO DALLA POLITICA E DALL'ECONOMIA

*(Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere
alla difesa dei beni comuni)*

PARTE TERZA*

ETICA E LEGALITÀ IN POLITICA E IN ECONOMIA NEL SISTEMA DEMOCRATICO ITALIANO

Prima Sezione

RISPETTO DELL'ETICA E DELLA LEGALITÀ IN POLITICA E IN ECONOMIA NEI PAESI RETTI CON IL SISTEMA DEMOCRATICO E IN PARTICOLARE NELLO STATO ITALIANO: VALUTAZIONE DEGLI INSEGNAMENTI DEL PASSATO

Sommario: I. *Gli insegnamenti ricavabili dalle analisi effettuate nella prima e nella seconda parte del presente lavoro - 1. Significato e portata dell'espressione «rispetto dell'etica e della legalità» riferita alla politica e all'economia: valutazioni di sintesi - 2. Necessità di provvedimenti legislativi adeguati e di sistemi di controllo rigorosi per prevenire e contrastare gli effetti dannosi e pregiudizievoli provocati dal malfunzionamento della politica e dell'economia - II. Il rispetto delle regole democratiche in Italia con particolare riferimento alla realtà italiana a partire dalla fine del primo decennio del 1900 - 1. Osservazioni preliminari - 2. Il processo di avvicinamento alla democrazia dopo la nascita del Regno d'Italia - III. La situazione esistente nella realtà italiana tra il 1913 e il 1922 e l'impatto della democrazia sotto i profili sociale e culturale nonché sotto i profili economico e politico - 1. L'impatto della democrazia sotto il profilo sociale - a. L'uguaglianza delle condizioni - b. Il livello di istruzione - c. Le condi-*

* La Redazione informa i lettori che la Parte Prima e la Parte Seconda del presente saggio sono state rispettivamente pubblicate nei fascicoli nn. 1-2/2017 e n. 3/2017.

zioni di vita e di lavoro - **d.** *L'associazionismo* - **e.** *Valutazioni di sintesi* - **2.** *L'impatto della democrazia sotto il profilo culturale e scientifico* - **a.** *Con riferimento alla situazione americana* - **b.** *Con riferimento alla situazione italiana* - **3.** *L'impatto della democrazia sotto il profilo economico* - **a.** *Con riferimento alla situazione americana* - **b.** *Con riferimento alla situazione italiana* - **4.** *Impatto della democrazia sotto il profilo politico* - **a.** *Con riferimento alla situazione americana* - **b.** *Con riferimento alla situazione italiana* - **5.** *Valutazioni di sintesi* - **IV.** *Il rispetto dell'etica e della legalità, in politica e in economia nella realtà italiana dalla fine del primo decennio del 1900 al 1922* - **1.** *Premessa - La situazione in America* - **2.** *La situazione in Italia.*

I. Gli insegnamenti ricavabili dalle analisi effettuate nella prima e nella seconda parte del presente lavoro

1. SIGNIFICATO E PORTATA DELL'ESPRESSIONE «RISPETTO DELL'ETICA E DELLA LEGALITÀ» RIFERITA ALLA POLITICA E ALL'ECONOMIA: VALUTAZIONI DI SINTESI

Dalle considerazioni svolte nella prima e nella seconda parte del presente lavoro si desumono le indicazioni, i dati e gli elementi essenziali che consentono di comprendere in qual modo debba essere intesa l'espressione «*rispetto dell'etica e della legalità*» riferita alla politica e all'economia.

Per comprendere a fondo il significato di tale espressione occorre partire, a nostro avviso, dalla celebre massima, in precedenza citata, che Platone mette in bocca a Trasimaco nel primo Libro della «*Repubblica*», riportata nella prima parte del presente lavoro¹, secondo cui «*Il giusto è ciò che è utile per il più forte*».

A ben vedere, è in base a questa massima che, sotto i più diversi profili (sociale, economico, giuridico e istituzionale), è stato segnato il destino della quasi totalità del genere umano per millenni, durante i quali i popoli, con le rare eccezioni ricordate dalla storia, sono stati assoggettati al dominio di regimi assoluti, più o meno dispotici, che hanno esercitato il loro potere unicamente con la forza.

Come abbiamo visto, nel mondo occidentale, a partire dalla Pace di Westfalia del 1648, che ha posto termine alla guerra dei Trent'anni, il principio della supremazia assoluta riconosciuta alla forza di chi detiene il potere (politico e/o religioso), dopo essere stato sottoposto ad una critica

¹ Cfr. PLATONE, Libro I della *Repubblica*, Milano, Rizzoli, 1953, p. 88.

ispirata alla scienza², ha cominciato ad essere sistematicamente intaccato e scalfito durante il *secolo dei lumi* dall'azione esercitata dai grandi esponenti dell'Illuminismo, soprattutto francese e, in particolare, dall'influenza delle opere di Voltaire, di Diderot e D'Alembert e di Montesquieu³.

L'azione degli illuministi, appena menzionati, volta a contestare e a contrastare, tra i vari principi nefasti, quello dell'equiparazione del giusto all'utile del più forte che detiene il potere, ha avuto, per così dire, lo stesso effetto prodotto dall'intervento di *Socrate* nella parte finale del Primo Libro della «*Repubblica*», sopra menzionato, il quale è riuscito a ribaltare la portata della massima di Trasimaco, dimostrando, in sostanza, che il *giusto* è ciò che è *utile*, non per il più forte, ma per la *generalità dei cittadini governati*⁴.

Orbene, la tutela degli interessi della generalità dei cittadini, come abbiamo visto nella seconda parte del presente lavoro, può essere assicurata soltanto all'interno di un Paese retto con un sistema democratico che esclude, per l'appunto, l'ottenimento del potere per mezzo della forza, subordinandone la conquista e l'esercizio al consenso dei cittadini governati.

Nella seconda parte del presente lavoro, in effetti, abbiamo avuto modo di constatare che soltanto grazie alla creazione degli Stati Uniti d'America, come primo esempio di democrazia nella storia, è stato possibile verificare e adeguatamente valutare, in concreto, i rapporti tra etica e legalità con la politica e l'economia all'interno di un'organizzazione statale democraticamente strutturata.

Come abbiamo pure visto, non sarebbe stato invece possibile effettuare, nel passato, una verifica siffatta nei Paesi retti da regimi *non* democratici, in quanto era da escludere che in tali Paesi si potesse parlare, in senso proprio, di etica e di legalità in rapporto alla politica e all'economia, e ciò per ovvi motivi.

È evidente, infatti, che in tali Paesi, dove non esisteva democrazia e nei quali venivano ignorati i diritti fondamentali, tra i quali, principalmente, i diritti di libertà (di pensiero, di parola, di associazione, di circolazione, di impresa etc.) non veniva accordato alcun diritto in ambito politico ed economico. Questi Paesi, di norma, erano assoggettati a sistemi coattivi

² Cfr. A. O. HIRSCHMANN, *Le passioni e gli interessi*, Milano, Feltrinelli, 2011, p. 18.

³ V. il paragrafo «*L'etica dell'Illuminismo*», p. 273 ss. della Seconda Parte.

⁴ Cfr. PLATONE, *Libro Primo della Repubblica*, cit. *supra*, nota 1, p. 94 «*Ne consegue, o Trasimaco, che in quanto si esercita un'Autorità e in quanto si occupa un posto nel quale si è chiamati a provvedere ad altri e a governare su altri, non si cerca e non si impone ciò ch'è utile a noi stessi; bensì l'utile dei nostri sottoposti e, in genere, di coloro che devono ricevere beneficio dal nostro sforzo. Ciò che si dice e si fa è rivolto a procacciare quello che è utile e conveniente al nostro subordinato*».

di vario genere (anche di ispirazione religiosa), che condizionavano irrimediabilmente il comportamento della generalità dei cittadini proprio in ambito politico ed economico.

In contesti siffatti, pertanto, i comportamenti dei cittadini non potevano essere liberi, ma coattivamente condizionati. Se anche la coazione veniva imposta in forme diverse, più o meno restrittive, risultava sempre tale da impedire ai cittadini di intraprendere liberamente iniziative soprattutto nei settori della politica e dell'economia, sui quali, segnatamente, si concentrava l'attenzione interessata dei detentori del potere all'interno dell'organizzazione statale.

Orbene, parlare di rispetto dell'etica e della legalità in contesti del genere, con riferimento alla politica e all'economia, non avrebbe alcun senso, in considerazione e alla luce degli argomenti in precedenza svolti.

In effetti, il rispetto dell'etica e della legalità da parte dei cittadini, oltre a rappresentare un valore in sé, sotto il profilo morale, è essenzialmente destinato a produrre effetti benefici in ambito politico ed economico soltanto se le scelte e le decisioni, che i cittadini rispettivamente effettuano e adottano, risultano libere da vincoli o coazioni.

Il cittadino di un Paese democratico che si assume liberamente la responsabilità di operare determinate scelte e di adottare specifiche decisioni in ambito politico ed economico nel rispetto dell'etica e della legalità, contribuisce in modo rilevante a rendere possibile il raggiungimento dell'obiettivo auspicato nell'aforisma di Socrate, sopra ricordato, secondo cui, come abbiamo appreso, *il giusto è ciò che è utile per la generalità dei cittadini*, il cui significato dovrebbe essere inteso nel senso che per tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e, quindi, per assicurare ciò che è per essi di effettiva utilità, occorre realizzare il «giusto» vale a dire una forma estesa di giustizia, che può soltanto derivare dal rispetto dell'etica e della legalità da parte di tutti (governanti e governati)⁵.

Per giungere, pertanto, su questi aspetti, ad una conclusione proficua e convincente, occorre integrare e completare le considerazioni che abbiamo svolto nella prima e nella seconda parte del presente lavoro, con riferimento ai rapporti tra etica (e legalità) con la politica e l'economia.

Nella prima parte abbiamo preso in considerazione i rapporti predetti facendo essenzialmente riferimento al rispetto dell'etica (e della legalità) da parte del singolo, per metterne in luce, anche sotto il profilo scientifico, sia le motivazioni effettivamente addotte dagli studiosi, sia gli argomenti che gli stessi avevano fornito per giustificarle.

⁵ Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1999, *passim*.

Come si ricorderà, nell'accennare alla nascita dei principi dell'economia, è stato fatto riferimento alla teoria sviluppata da Aristotele nell'*Etica Nicomachea*⁶, secondo cui il rispetto dell'etica doveva intendersi acquisito quando lo scambio di un bene si fosse verificato ad un prezzo, liberamente concordato, valutato in moneta, che i contraenti consideravano equo.

Come pure abbiamo ricordato, molti secoli più tardi, Adam Smith⁷, seguendo l'indirizzo tracciato da Aristotele, ha individuato nella teoria della «mano invisibile» lo strumento per attribuire una giustificazione etica al comportamento egoistico tenuto dall'individuo nei rapporti economici con i suoi simili.

Alle teorie scientifiche appena menzionate, che sono state esaminate e commentate nella prima parte del presente lavoro, ha fatto seguito, come abbiamo visto nella seconda parte, la «dottrina dell'interesse ben inteso»⁸ formulata da Alexis de Tocqueville, definibile come «pratica», perché derivata dall'esperienza che lo stesso Tocqueville ha efficacemente descritto e illustrato nel suo capolavoro, *La democrazia in America*.

Come abbiamo potuto constatare, la dottrina dell'interesse ben inteso che, secondo Tocqueville, veniva generalmente osservata dai cittadini della giovane democrazia americana in tutti i rapporti con i loro simili, tanto in quelli economici quanto in quelli sociali e personali, era divenuta il parametro di riferimento per valutare e misurare il carattere etico di ogni comportamento umano, compreso quello tenuto in ambito politico.

Un risultato siffatto, come abbiamo più volte segnalato, non poteva che rappresentare il prodotto dell'evoluzione del sistema politico americano, come conseguenza dell'introduzione della democrazia negli Stati Uniti d'America.

Risultati analoghi sono stati successivamente raggiunti anche negli altri Paesi, in particolare in quelli occidentali, che hanno introdotto il sistema democratico. A ben vedere, possiamo anche riconoscere che la dottrina dell'interesse ben inteso, così come è stata illustrata da Tocqueville, viene attualmente seguita, con eventuale osservanza di modalità diverse per adattarla alle diverse condizioni presenti nei singoli sistemi nazionali, in tutti i Paesi democratici.

A questo punto, riteniamo di poter mettere a confronto la dottrina dell'interesse bene inteso, considerata come parametro di riferimento e strumento di misura per stabilire e valutare, all'interno di un Paese democra-

⁶ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012, p. 189.

⁷ Cfr. A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, Utet, 1975, p. 584.

⁸ Cfr. il paragrafo «La dottrina dell'interesse ben inteso», p. 289 ss. della Seconda Parte.

co, l'esistenza del rispetto dell'etica e della legalità in ambito politico ed economico, con la dottrina desumibile dalla massima, in precedenza ricordata, che Platone mette in bocca a Socrate nel Primo Libro della *Repubblica*, secondo cui, in sostanza, «*Il giusto è certamente ciò che è utile, ma non per il più forte; al contrario il giusto è, in realtà, ciò che è di effettiva utilità per la generalità dei cittadini*».

Confrontando le due dottrine, ci si rende conto che in quella dell'*interesse bene inteso*, descritta da Tocqueville, è sicuramente presente il riferimento alla tutela dell'interesse dei cittadini inteso come l'«utile» che essi singolarmente perseguono, ma manca il riferimento al «giusto», inteso come la giustizia che tutela la generalità dei cittadini.

Di conseguenza, il rispetto dell'etica e della legalità, in ambito politico ed economico, potrà essere pienamente assicurato, all'interno di uno Stato democratico, quando in tale Stato troveranno applicazione, da un lato, regole adeguate sotto il profilo istituzionale e, dall'altro lato, metodi rigorosi in materia di controlli, così da rendere possibile non solo la tutela dell'interesse dei cittadini inteso come l'«utile» perseguito dai singoli, ma anche la tutela del «giusto», inteso come la giustizia che deve riguardare la generalità dei cittadini⁹.

2. NECESSITÀ DI PROVVEDIMENTI LEGISLATIVI ADEGUATI E DI SISTEMI DI CONTROLLO RIGOROSI PER PREVENIRE E CONTRASTARE GLI EFFETTI DANNOSI E PREGIUDIZIEVOLI PROVOCATI DAL MALFUNZIONAMENTO DELLA POLITICA E DELL'ECONOMIA

Nella seconda parte del presente lavoro abbiamo più volte fatto riferimento alla necessità che gli Stati introducano apposite misure istituzionali, unitamente a provvedimenti legislativi efficaci, accompagnati da un rigoroso sistema di controlli, per prevenire e per contrastare gli effetti deleteri provocati dal malfunzionamento della politica e dell'economia.

Come si ricorderà, gli studiosi citati nella seconda parte del presente lavoro sono giunti alla conclusione che, nella realtà, la politica non possa essere disgiunta dall'economia, derivando entrambe da esigenze e da stimoli che trovano le loro radici nella stessa natura umana ed essendo ambedue governate dai medesimi interessi¹⁰.

⁹ Cfr. A. M. IACONO, *Autonomia, potere, minorità*, Milano, Feltrinelli, 2000, *passim*.

¹⁰ Cfr. il paragrafo «*Premesse*», p. 268 della Seconda Parte.

A questo riguardo, al termine del loro capolavoro, *Il calcolo del consenso*, i due autori in precedenza citati¹¹, Buchanan e Tullock, hanno riconosciuto che «*La nostra analisi segna il ritorno a una visione integrata dei problemi economici e politici dell'organizzazione sociale, avendo ben chiaro che la democrazia costituzionale, nel senso moderno, è nata insieme all'economia di mercato*».

In effetti, la politica e l'economia, in senso moderno, sono nate e si sono sviluppate insieme a partire dal momento in cui all'interno di uno Stato si è realizzata la condizione indispensabile ed essenziale per la loro nascita e per il loro sviluppo, vale a dire quando è stato assicurato il riconoscimento, istituzionalmente garantito, delle libertà fondamentali poste a tutela dei cittadini¹².

Essendo legittimati a godere delle fondamentali libertà di pensiero, di parola, di associazione, di circolazione e di impresa garantite dal sistema democratico, i cittadini hanno potuto dar vita all'attività politica in senso moderno e hanno reso possibile lo sviluppo dell'attività economica come viene attualmente intesa, con tutte le conseguenze positive e negative descritte nella seconda parte del presente lavoro¹³.

La prova più convincente dell'esattezza di quanto appena affermato, viene fornita proprio dagli sviluppi socio-economico-politici degli Stati Uniti di America così come sono stati descritti e analizzati da Tocqueville nel suo capolavoro, *La Democrazia in America* e, in seguito, dagli altri autori menzionati nella seconda parte del presente lavoro.

¹¹ Cfr. J. M. BUCHANAN - G. TULLOCK, *Il calcolo del consenso*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 399.

¹² L'impressionante sviluppo economico che ha avuto la Cina negli ultimi trent'anni, rappresenta un'eccezione straordinaria, fondata su basi concrete, che il popolo cinese ha saputo fornire smentendo clamorosamente la teoria descritta nel testo. Secondo tale teoria, è la democrazia che, riconoscendo e salvaguardando le libertà fondamentali, consente ai cittadini di esercitare, liberamente e con successo, l'attività economica, in modo generalizzato, all'interno di uno Stato, come venne dimostrato per la prima volta dalle esperienze effettuate negli Stati Uniti d'America, che *Tocqueville* ha magnificamente descritto nel suo capolavoro *La democrazia in America*. Orbene, in Cina non è mai stata introdotta la democrazia, ma si è realizzato ugualmente uno straordinario sviluppo economico. In sostanza, sono state introdotte determinate libertà che consentono ai cittadini di contribuire alla gestione dell'economia, senza poter partecipare alla gestione della politica. Il problema è quello di sapere fino a che punto i gruppi di potere che gestiscono l'economia riconoscano la supremazia dei gruppi che gestiscono la politica e viceversa. Fino a questo momento sono stati i gruppi di potere che gestiscono la politica a dettare le regole e a governare. In un regime democratico il conflitto tra i gruppi di potere si risolve ricorrendo alle elezioni con la mediazione del consenso popolare, pur con tutti i limiti che conosciamo. Nel caso della Cina c'è da augurarsi che lo sviluppo economico continui in modo da accontentare sia i gruppi di potere che gestiscono l'economia, sia quelli che gestiscono la politica. Ma se un giorno lo sviluppo economico dovesse arrestarsi e dovessero scoppiare conflitti armati? Non vorrei neppure evocare l'idea di un esodo di migranti cinesi: i cinesi sono un miliardo e mezzo!!

¹³ Cfr. il paragrafo «*Premesse*», *cit. supra*, nota 10.

Orbene, proprio mettendo a confronto le vicende illustrate da Tocqueville, che si riferiscono ai primi decenni di vita della giovane democrazia americana, con quelle successivamente descritte dagli autori in precedenza ricordati, riguardanti il periodo che va dalla fine della Guerra di Secessione (1865)¹⁴ al primo decennio del 1900, ci si rende conto dell'entità e della gravità dei cambiamenti nonché delle alterazioni che le istituzioni democratiche degli Stati Uniti e le stesse condizioni di vita della generalità dei cittadini americani hanno dovuto subire per la mancanza, nel loro ordinamento, di strumenti istituzionali adeguati e di meccanismi di controllo efficienti e rigorosi, in grado di prevenire ed evitare i gravi pregiudizi provocati dal malfunzionamento dell'intero sistema democratico, essenzialmente dovuto all'intreccio perverso tra politica ed economia.

La commistione tra politica ed economia è sempre destinata a provocare gravi danni poiché comporta la concentrazione, tanto del potere economico quanto del potere politico, in poche mani, assoggettandoli agli stessi interessi.

L'esperienza americana, in precedenza esaminata, ha dimostrato che in assenza di regole di contrasto adeguate, chi gestisce il potere economico si impadronisce, in seguito, anche del potere politico.

Le vicende narrate nella seconda parte del presente lavoro¹⁵ hanno infatti posto in evidenza gli effetti deleteri della concentrazione del potere economico nelle mani di poche famiglie di imprenditori che, come abbiamo visto, lo gestivano attraverso i «*Trust*».

La concentrazione del potere economico in poche mani ha, in effetti, non solo danneggiato l'economia americana nel suo complesso ma ha, per di più, permesso a coloro che gestivano il potere economico di condizionare a tal punto la politica americana da aprire loro la strada per la conquista del potere politico.

È evidente, d'altra parte, che chi possiede il potere economico e non incontra limiti nel gestirlo, è portato a trovare connivenze e a concludere alleanze con chi detiene il potere politico, ricorrendo a qualunque strumento, anche illecito, per riuscirvi.

Basandoci sulle testimonianze degli storici citati nella seconda parte del presente lavoro, abbiamo avuto modo di riferire le conseguenze deva-

¹⁴ Cfr. il paragrafo «*L'etica dello sviluppo economico*», p. 299 ss. della Seconda Parte.

¹⁵ Cfr. il capitolo «*Le conseguenze dell'intreccio tra economia e politica*», p. 302 ss. della Seconda Parte.

stanti provocate dalla corruzione che dilagava all'interno dell'intero sistema americano coinvolgendo, indifferentemente, governanti e governati¹⁶.

È palese che la dottrina *dell'interesse ben inteso*, in precedenza commentata, pur continuando, in situazioni del genere, ad essere seguita, non era più in grado di produrre i vantaggiosi risultati apprezzati da Tocqueville e sopra descritti, per la semplice ragione che, nel seguirla, ciascun cittadino, pressato da circostanze mutevoli e da emergenze continue, si preoccupava di salvaguardare, con il massimo impegno, unicamente il proprio "utile", ignorando il "giusto", posto a tutela dell'interesse altrui.

A questo punto appare necessaria una precisazione per consentire una riflessione collegata alle vicende della politica americana descritte al termine della seconda parte del presente lavoro, che hanno visto, come protagonisti politici, *Theodore Roosevelt* e *Woodrow Wilson* e, come partecipanti, tutti coloro, definiti «eroi riformatori»¹⁷, che li hanno sostenuti nelle loro battaglie di civiltà per sconfiggere la corruzione e riformare la società americana, rimettendola sulla retta via, perché una tale riflessione ci consentirà di meglio comprendere il significato e la portata dell'espressione «rispetto dell'etica e della legalità» nel contesto del presente lavoro.

L'etica di cui si parla nel presente lavoro non si identifica con la coscienza morale del singolo individuo che ne plasma l'indole e ne condiziona profondamente il carattere. Un'etica così intesa, rimane viva anche nei regimi dittatoriali, in coloro che sono costretti a vivere nelle prigioni e nei campi di concentramento, per i quali può costituire una grande forza che li spinge ad accettare qualsiasi sacrificio, così da trasformarli in martiri ed eroi. Ad un'etica così intesa, strettamente legata all'intima coscienza e all'indole morale del singolo, possiamo riservare la stessa definizione che *Thomas Paine* ha riservato alla *saggezza*, nel suo capolavoro «*I diritti dell'uomo*»¹⁸, da lui definita «*una pianta senza semi*», vale a dire una pianta che non si può riprodurre geneticamente in modo sistematico. La saggezza si può, in effetti, trovare in un uomo ma non necessariamente nella sua discendenza, neanche all'interno della sua stessa famiglia e nei suoi figli, neppure quando essi avessero ottenuto la stessa educazione e formazione, mentre la si può, sorprendentemente, ritrovare in altri uomini con educazione e formazione diverse, di livello culturale anche molto limitato.

Orbene, la stessa definizione potrebbe essere riservata all'etica che si identifica nell'intima coscienza e nell'indole morale del singolo individuo.

¹⁶ Cfr. il paragrafo «*La corruzione*», p. 303 ss. della Seconda Parte.

¹⁷ Cfr. il paragrafo «*I rimedi*», p. 304 ss. della Seconda Parte.

¹⁸ Cfr. TH. PAINE, *I diritti dell'uomo*, Roma, New Compton, 2007, a cura di C. HITCHENS.

Un'etica siffatta sarebbe in realtà la stessa degli «eroi riformatori» del periodo storico americano cui ci siamo riferiti, i quali, essendo dotati di una coscienza etica indubbiamente elevata, hanno saputo convincere il popolo americano che era suo interesse seguire ed attuare le proposte di riforma da essi presentate quale unico rimedio per salvare i principi e i valori del sistema democratico, al fine di assicurarne la continuità per il futuro.

Diventa ora più agevole comprendere il significato del termine *etica* così come viene impiegato nel presente lavoro. In effetti, per valutare il rispetto dell'etica e della legalità da parte dei cittadini, occorre far riferimento non al livello etico dell'atteggiamento individuale dei singoli strettamente dipendente dalla coscienza e dall'indole morale di ciascuno di essi, bensì al livello etico del comportamento collettivo della generalità dei cittadini, sia di quelli che appartengano alla classe dei *governanti* sia di quelli che appartengano alla categoria dei *governati*.

Con riferimento alle vicende sopra ricordate, i cittadini americani che, come sappiamo, generalmente seguivano la *dottrina dell'interesse bene inteso*, hanno sostenuto l'azione degli «eroi riformatori» perché avevano compreso di non poter disporre di altre possibilità per garantire il corretto funzionamento del sistema democratico.

La capacità di persuasione, la forza morale, la determinazione, le solide convinzioni, in una parola, la coscienza etica e il senso della legalità degli «eroi riformatori» hanno, alla fine, contagiato la generalità dei cittadini americani che, da attenti ed avveduti sostenitori del proprio *interesse bene inteso*, si sono trasformati in veri e propri fautori del rispetto dell'etica e della legalità.

Un potente incentivo ad imporre questa svolta cruciale, che ha indotto la generalità dei cittadini a seguire il nuovo indirizzo, è venuto dall'applicazione di rigorosi controlli come conseguenza dell'azione efficace svolta dall'autorità giudiziaria e, in particolare, come conseguenza del ruolo determinante che hanno deciso di assumere alcuni giuristi, come *Louis Brandeis*, divenuto, in seguito, giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti e uno dei simboli della svolta etica del nuovo corso, del quale è stato in precedenza ricordato che: «*Era un crociato militante in favore della giustizia sociale, qualunque fosse la sua controparte. Era pericoloso non solo per la sua brillantezza, la sua determinazione, il suo coraggio: era pericoloso perché era incorruttibile*»¹⁹.

¹⁹ Cfr. L. D. BRANDEIS, *I soldi degli altri e come i banchieri li usano*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2014, con introduzione di LAPO BERTI, p. 11.

Grazie alla svolta avvenuta nel periodo qui considerato, è stato quindi conseguito, all'interno della società americana, l'obiettivo auspicato nella massima di Socrate, che aveva ribaltato quella di Trasimaco, entrambe in precedenza esaminate.

In effetti, mentre l'intreccio perverso tra economia e politica aveva certo assicurato la preminenza alla tesi sostenuta da Trasimaco secondo cui «*Il giusto è l'utile del più forte*», provocando, però, gli effetti disastrosi, descritti nella seconda parte del presente lavoro, che avevano portato la società americana ad uno stato di degrado insostenibile facendo correre rischi alla stessa democrazia, la svolta cruciale, in precedenza menzionata, ha consacrato invece il trionfo della tesi sostenuta da Socrate, secondo cui «*Il giusto è ciò che è utile per la generalità dei cittadini governati*».

I risultati, sopra descritti, realizzati in conseguenza della svolta appena ricordata, hanno pertanto confermato la fondatezza e la validità degli argomenti che Platone ha messo in bocca a Socrate, il più saggio, il più geniale oltre che il più celebre filosofo che la storia ricordi.

II. Il rispetto delle regole democratiche in Italia con particolare riferimento alla realtà italiana a partire dalla fine del primo decennio del 1900

1. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

Per studiare e analizzare con profitto il problema del rispetto dell'etica e della legalità, in politica e in economia, nella realtà italiana, conviene probabilmente seguire, anche se solo in parte, il metodo che *Alexis de Tocqueville* ha adottato per studiare la realtà americana nel suo capolavoro, *La democrazia in America*, ampiamente descritto e commentato nella seconda parte del presente lavoro.

Non essendo, però, ovviamente possibile ripetere, nelle modalità e nelle tecniche, le esperienze che Tocqueville ha potuto effettuare, in modo diretto, durante la sua permanenza in America, acquisendo personalmente sul posto dati, documenti, informazioni e testimonianze utili per lo studio da realizzare, è necessario porre precisi limiti alla nostra indagine, sia per quanto riguarda la scelta dei periodi di riferimento da prendere in considerazione, sia per quanto riguarda la scelta delle fonti alle quali converrà attingere.

Per quanto concerne i periodi di riferimento sui quali concentrare la nostra attenzione, è apparsa ovvia l'immediata esclusione del periodo (anni 1831-1832) corrispondente a quello nel quale Tocqueville aveva esegui-

to le sue ricerche in America, dato che, in quel periodo, uno Stato italiano neppure esisteva.

Ma neppure il riferimento ai periodi successivi al 17 marzo 1861, data di nascita del Regno d'Italia, potrebbe trovare un'accettabile giustificazione, considerato il lacunoso e imperfetto funzionamento del sistema istituzionale italiano nei cinquant'anni successivi a tale data, se esaminato alla luce dei principi e dei canoni che regolano le democrazie.

Tra le condizioni imposte dai canoni democratici che non risultavano rispettate in tali periodi, dobbiamo innanzitutto annoverare quella delle libere elezioni a suffragio universale, che è la condizione basilare senza il cui rispetto uno Stato non può essere definito democratico.

Senza libere elezioni a suffragio universale, infatti, non trova attuazione il principio fondamentale sul quale si fonda la stessa democrazia, vale a dire il principio della sovranità popolare.

Tocqueville l'aveva chiaramente compreso e nel primo libro della sua opera *La democrazia in America* (capitolo quarto) afferma, senza mezzi termini, che²⁰ «Se c'è al mondo un solo Paese nel quale si possa apprezzare nel suo giusto valore il dogma della sovranità popolare, studiarlo nella sua applicazione alla vita sociale e giudicarne i vantaggi e i pericoli, questo Paese è certamente l'America».

In effetti, secondo Tocqueville, il principio della sovranità popolare può trovare piena attuazione soltanto in presenza di libere elezioni a suffragio universale.

A tale risultato si perviene seguendo il processo che Tocqueville così descrive nel suo capolavoro: «Quando un popolo comincia ad abbassare il censo in materia elettorale, [limite al diritto di voto] si può prevedere che, prima o poi, giungerà a farlo sparire completamente. Questa è una delle regole più costanti che reggono la società. A mano a mano che si abbassa il limite dei diritti elettorali si sente sempre di più il bisogno di abbassarlo ancora (...). L'eccezione diventa infine la regola: le concessioni si susseguono senza tregua e non ci si ferma che quando si è giunti al suffragio universale»²¹.

È esattamente quello che è avvenuto dopo la nascita del Regno d'Italia nel 1861. Da tale anno è dovuto passare mezzo secolo prima che sia stato possibile, dopo miglioramenti gradualmente, giungere all'adozione della legge che ha introdotto, nel 1912, il suffragio universale nell'ordinamento italiano. È pertanto a partire dagli anni successivi alla celebrazione del cinquan-

²⁰ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Torino, Utet, 1968, p. 75.

²¹ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, loc. cit., p. 77.

tesimo anniversario della nascita del Regno d'Italia, che prenderanno avvio le nostre indagini e le nostre ricerche.

Per quanto riguarda, invece, le fonti alle quali è apparso necessario attingere per le nostre indagini, abbiamo dovuto essenzialmente basarci sui testi e sui documenti riferiti al periodo appena menzionato, nonché fare riferimento alle testimonianze di coloro che hanno seguito, come osservatori, le vicende italiane nello stesso periodo. Nel raccogliere le opinioni degli osservatori, si è cercato di tener conto del ruolo da essi svolto così da poter valutare, in modo adeguato, l'affidabilità delle loro testimonianze, sia per quanto riguarda gli appartenenti alla maggioranza, sia per quanto riguarda gli appartenenti all'opposizione. In ogni caso si è ritenuto necessario considerare con la più grande attenzione le opinioni e le critiche degli studiosi (storici, economisti, giuristi, filosofi, scrittori, letterati e scienziati) in grado di offrire garanzie di oggettività e di serietà.

2. IL PROCESSO DI AVVICINAMENTO ALLA DEMOCRAZIA DOPO LA NASCITA DEL REGNO D'ITALIA

Come abbiamo precisato nel precedente paragrafo, si è ritenuto di avviare le nostre indagini e le nostre ricerche a partire dal 1913, perché in tale anno sono state indette e si sono svolte in Italia le elezioni politiche generali, sulla base della citata legge proposta nel 1911 e fatta approvare nel 1912, con sorpresa di tutti, dal Capo del Governo, *Giovanni Giolitti*²² che sostanzialmente introduceva, per la prima volta nell'ordinamento italiano, il suffragio universale estendendolo ad oltre otto milioni di cittadini elettori.

Ovviamente, come avveniva in quegli anni in quasi tutti i Paesi del mondo, il diritto di voto era riservato, anche in Italia, ai soli cittadini di sesso maschile.

Come è noto, il diritto di voto è stato concesso alle donne in tempi diversi nei vari Paesi²³. Ad esempio, nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America il diritto di voto alle donne è stato concesso, rispettivamente, nel 1918 e nel 1920. Per quanto riguarda l'Europa continentale il voto alle

²² Che si sia trattato di una sorpresa quasi incredibile, lo ha attestato lo stesso *Gaetano Salvemini* che, come è noto, rappresentava il più intransigente e il più acerrimo oppositore di *Giolitti*, avendolo contestato e attaccato per anni, come si ricava dal suo famoso libretto *Il ministro della mala vita*. *Salvemini*, in un articolo apparso su *La Voce* in data 11 maggio 1911, così manifesta la sua sorpresa: «*Il suffragio universale dell'Onorevole Giolitti ci fa l'impressione di un pranzo abbondantissimo che ci sia offerto alle otto del mattino, quando lo stomaco non è preparato*».

²³ Sul diritto di voto alle donne, v. G. SICARI RUFFO, *Il voto alle donne: la lunga lotta per il suffragio femminile tra l'Ottocento e il Novecento*, Roma, Mond&editori, 2009.

donne è stato concesso nel 1918 in Germania, nel 1944 in Francia, nel 1946 in Italia e, in Svizzera, soltanto nel 1971.

Per quanto riguarda l'Italia²⁴, l'introduzione del suffragio universale ha consentito non solo l'osservanza, in concreto, di uno dei principi fondamentali sui quali il sistema democratico si fonda, ma ha anche reso possibile, se non proprio l'eliminazione, quantomeno la notevole riduzione di un grave ostacolo all'esercizio della libertà di voto.

Come era a tutti noto, il sistema elettorale precedentemente applicato in Italia, che riservava il diritto di voto a un numero esiguo di elettori, rendeva frequente la manipolazione delle votazioni che si svolgevano con il sistema del collegio uninominale²⁵.

Poiché in ogni collegio elettorale poteva essere eletto un solo candidato, era evidente l'interesse di chi deteneva il potere politico ad interferire sullo svolgimento delle votazioni per far eleggere il candidato prescelto²⁶.

Orbene, le interferenze di chi detiene il potere sullo svolgimento delle elezioni, sia amministrative sia politiche, per manipolarne od alterarne i risultati, è il segno più evidente del malfunzionamento del sistema democratico all'interno di uno Stato e la prova più sicura e significativa del mancato rispetto dell'etica e della legalità in ambito politico da parte dei governanti.

Se infatti le stesse elezioni, necessarie per consentire agli elettori di effettuare la scelta delle persone cui affidare l'amministrazione dello Stato, sono false, perché manipolate, è presumibile che il comportamento di coloro che, consci di tali manipolazioni, in base ad esse vengono eletti, difficilmente potrà essere improntato al rispetto dell'etica e della legalità, tanto in ambito politico quanto in altri ambiti.

Questi inconvenienti, come appena ricordato, sono stati però sensibilmente ridimensionati nelle elezioni tenute nel 1913, in applicazione della menzionata legge elettorale approvata nel 1912, elezioni che si sono svolte a suffragio universale. Ciononostante anche questa ricostruzione è stata contestata.

Infatti, quando era da poco terminata la seconda guerra mondiale, in uno scambio di opinioni, avvenuto nel settembre del 1945, con riferimento alla situazione politica italiana, tra *Ferruccio Parri*, allora Presidente del Consi-

²⁴ Come si dirà più avanti, in Italia il diritto di voto era concesso a un numero molto limitato, e per lungo tempo quasi insignificante, di elettori maschi.

²⁵ Come verrà chiarito più avanti, il collegio uninominale favoriva le interferenze sullo svolgimento delle elezioni.

²⁶ G. SALVEMINI, mettendo in evidenza i problemi che potevano sorgere nelle votazioni che si svolgevano nel collegio uninominale, riteneva necessario abolire il collegio uninominale medesimo.

glio del governo italiano e *Benedetto Croce*²⁷, F. Parri è arrivato a mettere in dubbio la democraticità dell'Italia prefascista, senza distinzione di periodi.

In un commento dedicato a tale scambio di vedute, *Gaetano Salvemini* ha scritto che mentre per *Benedetto Croce* nell'Italia prefascista esisteva un regime democratico, secondo Ferruccio Parri «*la democrazia italiana prefascista non meritava il nome di democrazia*».

Ovviamente, sia Croce sia Parri hanno fornito argomenti a sostegno delle opposte tesi e Salvemini, nel suo commento, ha avuto modo di esprimere opinioni molto critiche nei confronti della tesi di B. Croce, pur riconoscendo di aver egli stesso espresso giudizi troppo severi e intransigenti nei confronti del sistema italiano e dei detentori del potere nell'Italia prefascista²⁸.

In verità, per quanto riguarda le critiche mosse da G. Salvemini al sistema elettorale italiano applicato prima della legge di riforma del 1912, le stesse erano, per molti versi, fondate.

Nel suo libretto *Il ministro della malavita*²⁹, Salvemini mette in evidenza il malfunzionamento del sistema elettorale italiano, sottolineando puntualmente i suoi difetti.

Secondo Salvemini³⁰ «(...) un corpo elettorale poco numeroso è fatto apposta per allettare i partiti alla prepotenza e alla frode. Quando gli elettori sono scarsi, il segreto del voto è una finzione: ogni partito riesce facilmente a comporre l'anagrafe completa ed esatta degli amici sicuri, dei nemici inflessibili e della massa incerta. Basta allora comprare qualche centinaio di incerti e bastonare qualche centinaio di avversari: e la elezione è fatta».

Questo sistema ha potuto funzionare a favore di chi gestiva il potere in Italia fino a quando non è stato introdotto il suffragio universale che, aumentando in modo considerevole il numero degli elettori ha reso difficili le interferenze sulle elezioni come in precedenza è stato ricordato. Lo stesso Salvemini, in un articolo pubblicato sulla rivista *Il Ponte*³¹, fondata da Piero Calamandrei, ha riconosciuto che: «*Il suffragio universale elargito in Italia dall'alto e non conquistato dal basso, non poteva produrre rinno-*

²⁷ A questo proposito v. B. CROCE, *Rievocazione dell'Italia libera e democratica*, in *Pensiero politico e politica attuale*, Bari, Laterza, 1945.

²⁸ Cfr. G. SALVEMINI, *Introduzione* al libro di WILLIAM SALOMONE, *L'Età giolittiana*, Torino, 1949.

²⁹ G. SALVEMINI, *Il ministro della malavita*, p. 136, in *Opere*, vol. IV, Milano, Feltrinelli, 1966, p. 73.

³⁰ Cfr. G. SALVEMINI, *Il ministro della malavita*, loc. cit., p. 136.

³¹ Cfr. G. SALVEMINI, articolo apparso sulla Rivista *Il Ponte*, nn. 2-3, 1952.

vamenti immediati, neanche nell'Italia meridionale. Ma vi sconvolse da cima a fondo il vecchio equilibrio delle forze e un risultato immediato lo produsse anche se falsificato dalla violenza e dai brogli locali e governativi. Rovesciò nuove e strabocchevoli masse lavoratrici sulle spalle delle oligarchie che fino al 1912 avevano dominato senza ostacoli nei municipi e nel Parlamento».

Un cambiamento del genere ha indubbiamente prodotto effetti sensibili nel comportamento degli schieramenti politici e soprattutto nel comportamento di chi, gestendo il potere, li doveva organizzare, coordinare e governare.

La conseguenza più rilevante, sempre secondo Salvemini³², è consistita nel fatto che: *«bisognava adottare altri metodi di governo e di campagne elettorali. Col tempo e con l'esperienza e grazie alla concorrenza fra i partiti, gli ultimi venuti avrebbero lentamente fatto la propria educazione politica e avrebbero imparato a farsi rispettare».*

L'impatto di questi cambiamenti è stato rilevato e analizzato da molti osservatori, tra i quali l'economista Luigi Einaudi, che, in un articolo dal titolo *L'Italia e il secondo risorgimento*³³, così si è espresso: *«Tra il 1912 e il 1918 l'Italia aveva affrontato il grande problema (...). Il corpo elettorale era salito improvvisamente da tre a nove e poi a 10 milioni di uomini; e fra essi un quarto erano analfabeti. Una improvvisa profonda mutazione del ceto politico si imponeva (...) entrava sulla scena politica un ceto nuovo di uomini in gran parte ignoti; e tra non pochi demagoghi, i migliori di essi erano organizzatori, operai e contadini, nuovi tuttavia alla pratica legislativa ed alla amministrazione dello Stato».*

Per Benedetto Croce, il suffragio universale, pur non determinando un vero sconvolgimento, accrebbe *«com'era naturale, il numero dei deputati socialisti»* e, per gli accordi presi, consentì l'ingresso in Parlamento di numerosi deputati cattolici³⁴.

Come si può comprendere, i risultati delle elezioni dell'anno 1913, con i rilevanti mutamenti da esse prodotti, sia sotto il profilo politico, sia sotto quello sociale, giustificano l'avvio delle nostre ricerche a partire da tale anno, che possiamo considerare l'anno nel quale l'Italia era divenuta una democrazia compiuta.

Ciò non toglie, però, che nei cinquant'anni trascorsi dalla sua nascita, pur non rispettando tutti i canoni imposti dal sistema democratico, lo Stato

³² Cfr. G. SALVEMINI, *articolo cit. supra*, nota 31.

³³ Cfr. L. EINAUDI, in *Supplemento alla Gazzetta Ticinese*, 25 novembre 1944.

³⁴ B. CROCE, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari, Laterza, 1962, p. 274.

italiano abbia realizzato notevoli progressi dal punto di vista economico e registrato un significativo sviluppo dal punto di vista politico e sociale.

A questa conclusione sono pervenuti diversi osservatori, tra i quali illustri studiosi molto noti e stimati.

Anche uno studioso appartenente all'opposizione, come il repubblicano Napoleone Colajanni, da sempre ostile allo Stato monarchico, ha riconosciuto che nei suoi cinquant'anni di esistenza, il Regno d'Italia aveva avuto un «*prodigioso risveglio economico*»³⁵.

Della stessa opinione era Luigi Einaudi, che nel suo articolo intitolato «Cinquant'anni di vita nello Stato italiano»³⁶ così scriveva: «*Qualunque sia il giudizio che si darà della storia intorno al meglio che si sarebbe potuto fare e soprattutto intorno al parecchio che si sarebbe potuto evitare, una cosa è certa: che il paragone fra i bilanci del 1862 e quelli del 1911-1912 è tale da fare inorgoglire gli italiani*».

Tale opinione era senz'altro condivisa da Benedetto Croce che l'aveva sostenuta e sviluppata nel capitolo IX della sua Storia d'Italia, intitolato «*Il governo liberale e il rigoglio economico*»³⁷.

Non solo sono stati esplicitamente apprezzati ed elogiati i progressi ottenuti nei primi cinquant'anni di vita dallo Stato italiano in campo economico, ma anche quelli registrati in campo politico, sociale e morale.

Nel 1911 il giornale inglese The Times³⁸ riconosceva che: «*L'edificio costruito da Cavour è ormai così saldo quanto gli altri più saldi d'Europa. I concetti della libertà e dell'ordine sociale poggiano, in Italia, su ferme basi: anzi, in alcuni Paesi d'Europa ciò non è ancora stato raggiunto*».

Analogamente, uno studioso inglese³⁹ così si è espresso: «*Io non temo di essere contraddetto da nessun osservatore intelligente e imparziale del progresso italiano, quando affermo che nessun altro popolo d'Europa avrebbe saputo affrontare queste difficoltà più coraggiosamente e superarle felicemente di quello che gli italiani abbiano fatto in meno di mezzo secolo*».

Lo stesso partito socialista, oppositore deciso dello Stato monarchico, in occasione del 1° maggio 1911 è arrivato ad affermare che: «*Il cinquantenario dell'Italia unita non è muto di ogni luce per i lavoratori italiani. La conquista della patria borghese fu il precedente necessario della patria proletaria*»⁴⁰.

³⁵ Cfr. N. COLAJANNI, *Il progresso economico*, Roma, C. A. Bontempelli, 1913, p. 8.

³⁶ L. EINAUDI, *Corriere della Sera*, 2 aprile 1911.

³⁷ B. CROCE, *Storia d'Italia* (1871-1915), *cit. supra*, nota 34, p. 246. Sul punto v. anche l'opinione conforme di R. ROMEO, *Italia, mille anni*, Soveria Mannelli, Ed. Rubbettino, 2012, p. 54 ss.

³⁸ Testo ripreso e tradotto dal *Corriere della Sera* del 28 marzo 1911.

³⁹ Cfr. R. BAGOT, *Gli italiani d'oggi*, Bari, G. Laterza & figli, 1912, pp. 30-31.

⁴⁰ Cfr. *Critica sociale*, 16 aprile 1911, p. 113. Anche G. Salvemini, nel suo scritto pubblicato

L'importanza dei risultati raggiunti, sotto il profilo politico, al momento della celebrazione del cinquantenario della nascita dello Stato italiano, è stata posta in evidenza da un illustre studioso, *Arturo Carlo Jemolo*, il quale ha riconosciuto che cinquant'anni dopo la nascita dello Stato, l'orgoglio nazionale «*non poggiava più su ricordi di greci e di romani ma finalmente su qualcosa di concreto*»⁴¹.

Da ultimo, per terminare l'esame degli aspetti trattati nel presente paragrafo, conviene ricordare che sono stati espressi apprezzamenti molto lusinghieri all'indirizzo dei costruttori dell'Italia unita, anche sotto il profilo morale, da un celebre studioso, *Giustino Fortunato*, che si è sempre distinto per la severità delle sue critiche.

Secondo Giustino Fortunato, infatti, la creazione dell'unità politica dello Stato ha rappresentato «*pur sempre quanto di meglio e di più nobile abbia avuto l'Italia da Roma imperiale in poi*»⁴², ritenendo, in conclusione, che «*grazie all'unità il progresso morale è stato letteralmente enorme*»⁴³.

Dopo le opinioni degli studiosi, appena ricordati, sull'importanza dei progressi ottenuti dallo Stato italiano nei cinquant'anni successivi alla sua creazione, passiamo ora ad esaminare, nei successivi paragrafi, gli aspetti che interessano lo sviluppo della democrazia nonché il rispetto dell'etica e della legalità, con riferimento alla politica e all'economia, nella realtà italiana del decennio che va dal 1913, anno dell'introduzione del suffragio universale, al 1922, anno di costituzione del primo governo Mussolini.

III. La situazione esistente nella realtà italiana tra il 1913 e il 1922 e l'impatto della democrazia sotto i profili sociale e culturale nonché sotto i profili economico e politico

Come abbiamo in precedenza segnalato, il metodo di ricerca, che intendiamo seguire, si rifà a quello adottato da Tocqueville nel suo capolavoro *La democrazia in America*, ampiamente commentato nella seconda parte del presente lavoro.

Procederemo quindi ad applicare tale metodo, con riferimento al periodo tra il 1913 e il 1922, oggetto delle nostre ricerche, studiando l'impat-

su *Il Ponte*, cit. supra, nota 31 (nn. 2-3, 1952), ha riconosciuto che: «*Se si confronta l'Italia quale era nel 1861 con l'Italia quale era nel 1914, non è possibile disconoscere l'immenso progresso, non solo economico ma anche politico e morale, fatto in quel mezzo secolo*».

⁴¹ Cfr. C. A. JEMOLO, citato da E. GENTILE, *La grande Italia*, Milano, Mondadori, 1997, p. 14.

⁴² Cfr. G. FORTUNATO, *Il mezzogiorno e lo Stato italiano*, Firenze, Vallecchi, 1974, vol. II, p. 144.

⁴³ Cfr. G. FORTUNATO, *Carteggio*, a cura di EMILIO GENTILE, Roma-Bari, Laterza, 1978, p. 68.

to della democrazia sulla realtà italiana di tale periodo, sotto i profili sociale, culturale, economico e politico, per poterne adeguatamente valutare la rilevanza e la portata.

La nostra analisi, in relazione ai quattro profili appena indicati, terrà pertanto conto dei riferimenti deducibili, per ogni singolo profilo, dalle indicazioni contenute nell'opera di Tocqueville, con riguardo a ciascuno di essi.

1. L'IMPATTO DELLA DEMOCRAZIA SOTTO IL PROFILO SOCIALE

Per valutare i risultati prodotti dalla democrazia, sotto il profilo sociale, Tocqueville prende in considerazione, come si può desumere dalla sua opera, diversi aspetti che nella realtà americana risultavano fra loro interconnessi. Con riferimento alla realtà italiana, riteniamo utile, per esigenze di chiarezza espositiva, trattare, essenzialmente, quattro di tali aspetti in modo separato. I quattro aspetti che qui interessano sotto il profilo sociale, attentamente considerati da Tocqueville con riferimento alla realtà americana, riguardano: *a.* l'uguaglianza delle condizioni; *b.* il livello dell'istruzione; *c.* le condizioni di vita e di lavoro; *d.* l'associazionismo.

a. L'uguaglianza delle condizioni

Come abbiamo sottolineato nella seconda parte del presente lavoro, l'effetto prodotto dalla democrazia che, secondo Tocqueville, ha influenzato e plasmato in modo determinante il carattere della popolazione americana sotto il profilo sociale e non solo, è costituito dall'*uguaglianza delle condizioni*.

Conviene trascrivere nuovamente il passo, in precedenza riportato, dell'Introduzione all'opera *La democrazia in America*, per far comprendere l'importanza attribuita da Tocqueville all'*uguaglianza delle condizioni*⁴⁴, che «*esercita un'influenza straordinaria sul cammino della società, dà un certo indirizzo allo spirito pubblico e una certa linea alle leggi, suggerisce nuove massime ai governanti e particolari abitudini ai governati. Compresi subito, inoltre, che questo fatto estende la sua influenza anche fuori della vita politica e delle leggi e domina, oltre che il governo, anche la società civile: esso crea opinioni, fa nascere sentimenti e usanze e modifica tutto ciò che non è suo effetto immediato*».

Orbene, come abbiamo a suo tempo chiarito, l'*uguaglianza delle condizioni* riscontrata nella società americana, che aveva così fortemente col-

⁴⁴ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., Introduzione, p. 15.

pito Tocqueville, era la diretta conseguenza dell'osservanza dei principi fondamentali di libertà che potevano trovare applicazione soltanto in un Paese caratterizzato da una forma di democrazia compiuta: vale a dire una forma di democrazia che, a quei tempi, non esisteva in alcun'altra parte del mondo al di fuori degli Stati Uniti d'America, dove si era sviluppata sulla base della Costituzione federale approvata nel 1787, vale a dire pochi decenni prima della visita in America effettuata da Tocqueville.

In tutti gli altri Paesi del mondo esistevano, in effetti, agli inizi del 1800, regimi più o meno autoritari o dispotici, insieme ad altri che si stavano faticosamente orientando verso soluzioni istituzionali democratiche.

È certo, però, che neppure in questi ultimi Paesi era possibile riscontrare l'*uguaglianza delle condizioni* tanto apprezzata da Tocqueville, perché l'assenza di democrazia e il retaggio di secoli di ingiustizie e di discriminazioni avevano impedito l'instaurarsi di un'uguaglianza delle condizioni, contribuendo a far sorgere, al contrario, società nettamente separate in classi e radicate divisioni tra le categorie che le componevano⁴⁵.

La classe al vertice della società dominante di tali Paesi, che Tocqueville chiamava *aristocrazia*, deteneva, di regola, le leve del potere politico ed esercitava un'influenza determinante in campo economico e in altri campi.

Si è dovuto quindi attendere, grazie al passare del tempo, il graduale avvicinamento a forme istituzionali ispirate ai principi democratici per poter assistere a una lenta riduzione della disuguaglianza delle condizioni nei Paesi occidentali e, in particolare, in Italia.

Per quanto riguarda la società italiana, subito dopo la nascita del Regno d'Italia nel 1861, in essa non poteva essere riscontrata alcuna *uguaglianza delle condizioni*, nel senso inteso da Tocqueville, dato che l'uguaglianza delle condizioni era del tutto sconosciuta nei piccoli Stati della penisola che avevano dato la loro adesione alla costituzione dello Stato unitario.

Anche nei cinquant'anni successivi a tale costituzione, l'uguaglianza delle condizioni non è stata comunque in grado di realizzare significativi progressi, considerato che il diritto di voto era riservato, inizialmente al 2% e, in seguito, al 7% della popolazione italiana⁴⁶.

Come abbiamo in precedenza ricordato, l'unificazione del Paese ha certamente prodotto effetti benefici per quanto concerne il suo sviluppo,

⁴⁵ Cfr. R. SENNETT, *Il declino dell'uomo pubblico*, Milano, Ed. Bruno Mondadori, 2006, *passim*.

⁴⁶ Sul diritto di voto e sulle elezioni in Italia, v. P. L. BALLINI, *Le elezioni nella storia d'Italia dall'Unità al fascismo: profilo storico-statistico*, Bologna, Il Mulino, 1988.

sia sotto il profilo sociale e sotto quello culturale, sia, soprattutto, sotto il profilo economico e sotto quello politico.

È indubbio, però, che i progressi realizzati dallo Stato unitario nei suoi primi cinquant'anni di vita, sotto i profili appena indicati, hanno prevalentemente favorito il consolidamento di una classe di *notabili* rappresentanti una *élite* strutturata in forma oligarchica, che deteneva e gestiva il potere politico e quello economico soprattutto nell'interesse delle categorie di appartenenza⁴⁷, ovviamente con le lodevoli eccezioni da tutti riconosciute⁴⁸.

Soltanto a partire dal 1913, grazie al suffragio universale, introdotto da Giovanni Giolitti, come abbiamo ricordato, si è cercato di offrire più ampie possibilità di miglioramento alla popolazione italiana.

Purtroppo, i frutti che si potevano attendere da questa lungimirante apertura, sono stati quasi subito resi inutilizzabili dallo scoppio della prima guerra mondiale nel 1914 e dall'entrata in guerra dell'Italia nel 1915.

Giovanni Giolitti, che voleva preservare ed accrescere questi frutti ed era contrario all'entrata in guerra dell'Italia, non è riuscito a far prevalere la sua posizione⁴⁹.

Ad aggravare la situazione, dopo la fine della guerra, a partire dal 1919, quando sarebbe stato necessario coalizzare le forze democratiche per neutralizzare l'avanzata del fascismo, si sono susseguiti eventi drammatici e comportamenti nefasti, che hanno peggiorato la situazione in modo irrimediabile.

Il rifiuto dei socialisti moderati e dei cattolici di fornire il loro sostegno a Giolitti, da un lato, nonché gli errori gravi commessi dallo stesso Giolitti, dai governi liberali e dal Re, dall'altro lato, hanno alla fine fatto fallire ogni valido tentativo di arginare il fascismo, con la conseguenza di abbandonare l'Italia alla dittatura.

Analizzare pertanto la situazione italiana, sotto il profilo sociale, con riferimento al decennio tra il 1913 e il 1922, significa fornire la descrizio-

⁴⁷ Cfr. G. LUZZATTO, *L'economia italiana dal 1861 al 1994*, Torino, Einaudi, 1991; R. ROMEO, *Breve storia della grande industria in Italia*, Milano, Il Saggiatore, 1988.

⁴⁸ Le eccezioni si riferivano a personalità di specchiata moralità che rappresentavano, secondo B. Croce, «un'aristocrazia spirituale di uomini integri e leali» alla quale sicuramente appartenevano anche alcuni Presidenti del Consiglio come Luigi Carlo Farini, Bettino Ricasoli e Giovanni Lanza. A questi possiamo aggiungere l'economista Francesco Ferrara e il Ministro delle Finanze Quintino Sella.

⁴⁹ Secondo F. CHABOD, *L'Italia contemporanea (1918-1948)*, Torino, Einaudi, 1961, p. 28: «Uno dei motivi per cui il vecchio statista Giolitti non approvava (...) l'entrata in guerra del 1915, era che il governo italiano coltivava troppe illusioni in una guerra breve e rapida. Giolitti pensava invece che la guerra sarebbe stata assai lunga e difficile da sostenere, specialmente nel settore finanziario».

ne di una società in emergenza continua, costretta ad affrontare senza interruzione problemi di notevole gravità e conflitti paralizzanti⁵⁰.

Le gravi vicende che si sono susseguite a un ritmo vertiginoso, in quel periodo, non potevano certo essere tali da consentire un miglioramento dell'uguaglianza delle condizioni tra i cittadini, né tantomeno tali da favorire il rispetto dell'etica e della legalità da parte della popolazione.

L'entrata in guerra, nel 1915, che è stata all'origine del progressivo deterioramento della situazione, ha rappresentato un'autentica sciagura per l'Italia in tutti i sensi e, segnatamente, sotto il profilo sociale. E tutto ciò si è verificato al termine di un periodo, come abbiamo già ricordato, nel quale i risultati prodotti dallo sviluppo economico dei primi cinquant'anni di vita dello Stato unitario avevano creato sensibili benefici all'intera società italiana, sotto i più diversi profili.

Emilio Gentile nel suo libro, ben documentato, dal titolo «*La grande Italia (ascesa e declino del mito della nazione nel ventesimo secolo)*»⁵¹ ha così esposto il suo pensiero a tale riguardo: «*L'esperienza di cinquant'anni di vita nello Stato nazionale, sotto la guida ideale e morale del patriottismo liberale, aveva comunque familiarizzato un numero sempre crescente di italiani con il mito della nazione. Esercito, scuola, cultura, stampa, svolsero in cinquant'anni un'azione di educazione collettiva incentrata sulla religione della patria e sull'etica civica del dovere: questa pedagogia, per quanto limitata e carente, contribuì ad ampliare la partecipazione degli italiani alla politica, facendo sedimentare, in aree sempre più estese della collettività, un sia pur elementare sentimento nazionale, certamente più solido e convinto nella borghesia e nel ceto medio, ma non del tutto estraneo neppure al proletariato. Insomma, pur avendo presenti tutti i limiti dello Stato liberale, non si può certo dire che, dopo cinquant'anni di vita unitaria, la coscienza civile degli italiani fosse rimasta al livello del 1861, e che non fossero sensibilmente cresciuti, fra la popolazione, il sentimento e la consapevolezza di appartenere, oltre i confini del villaggio e della regione, a una comune nazione, come dimostrò la partecipazione dell'Italia alla prima guerra mondiale.*»

Ma per i motivi in precedenza esposti, con riferimento all'uguaglianza delle condizioni tra i cittadini, il sistema democratico non è purtroppo riuscito ad introdurre, nella società italiana, alcun sensibile miglioramento nel periodo tra il 1913 e il 1922.

⁵⁰ Cfr. L. EINAUDI, *La condotta economica e gli effetti sociali della guerra italiana*, Bari, Laterza, 1933.

⁵¹ Cfr. E. GENTILE, *La grande Italia*, cit. supra, nota 41, p. 81.

Di conseguenza, l'uguaglianza delle condizioni tra i cittadini, come primo risultato prodotto dalla democrazia sotto il profilo sociale che, secondo Tocqueville, aveva rappresentato uno stimolo così efficace e potente da determinare radicali cambiamenti all'interno della società americana, favorendone il miglioramento sotto tutti i profili⁵², in Italia non ha avuto malauguratamente modo di svilupparsi proprio nel periodo in cui il sistema democratico, grazie al suffragio universale, era in procinto di consolidarsi e quando il Paese stava realizzando continui progressi nei più diversi settori.

b. Il livello di istruzione

Il secondo aspetto da prendere in esame, che è stato considerato con molta attenzione da Tocqueville come fattore rilevante per lo sviluppo sociale, riguarda il livello di istruzione raggiunto dalla società nel suo complesso⁵³.

Tocqueville, nella sua opera, descrive e commenta con palese ammirazione il grado di istruzione riscontrato nella società americana.

Secondo Tocqueville «*Nella nuova Inghilterra ogni cittadino riceve le nozioni elementari delle conoscenze umane, egli apprende inoltre quali siano le dottrine e le prove della sua religione: gli si fanno conoscere la storia della sua patria e i punti principali della costituzione che la regge*»⁵⁴.

Anche se non tutte le popolazioni degli Stati facenti parte degli Stati Uniti potevano vantare un tale grado di istruzione, secondo Tocqueville: «*Si cercherebbe invano negli Stati Uniti, una sola regione che sia immersa nell'ignoranza*»⁵⁵.

Comparata a quelle degli Stati europei, la popolazione degli Stati Uniti d'America godeva, pertanto, di un enorme vantaggio. E la ragione di tale differenza era ben conosciuta da Tocqueville⁵⁶: «*La ragione è semplice: i popoli europei sono partiti dalle tenebre e dalle barbarie per avanzare verso la civiltà e verso la cultura*»; al contrario, gli angloamericani «*sono arrivati sul territorio (...) già civilizzati (...). L'educazione ha fatto loro sentire l'utilità della cultura e li ha messi in grado di trasmettere questa stessa cultura ai loro discendenti. Negli Stati Uniti la società non ha un'infanzia. Essa nasce nell'età adulta*».

⁵² Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 521.

⁵³ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., pp. 356 ss.

⁵⁴ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 357.

⁵⁵ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 357.

⁵⁶ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., pp. 357-358.

Le acute e intelligenti osservazioni di Tocqueville, appena riportate, fanno subito comprendere che gli Stati Uniti non erano affetti da quella terribile piaga che va sotto il nome di analfabetismo.

L'assenza dell'analfabetismo ha così consentito alla popolazione americana di mettere a frutto, nel più rapido ed efficace dei modi, l'intelligenza e la capacità dei suoi cittadini.

Negli Stati Uniti d'America si è quindi realizzato, nel più breve tempo che si potesse immaginare, a partire dall'introduzione del sistema democratico, il risultato straordinario che secondo Carlo Cattaneo era possibile ottenere soprattutto grazie all'intelligenza delle persone.

Secondo Cattaneo infatti, «*Prima d'ogni lavoro, prima d'ogni capitale, quando le cose giacciono ancora non curate e ignote in seno alla natura, è l'intelligenza che comincia l'opera e imprime in esse, per la prima volta, il carattere della ricchezza*»⁵⁷.

È quindi soprattutto grazie all'istruzione e all'educazione dei suoi cittadini che la democrazia americana è stata in grado di progredire celermente ed efficacemente non solo sotto il profilo sociale, ma anche sotto tutti gli altri profili.

Al confronto, i risultati ottenuti, sotto il profilo sociale, dalla democrazia italiana, per il tramite dell'istruzione, valutati con riferimento al periodo successivo alla fine del primo decennio del 1900, dimostrano carenze e lacune impressionanti.

Dal censimento effettuato nel 1911 si deduce, infatti, che in Italia, dopo cinquant'anni dalla realizzazione dello Stato unitario, gli analfabeti ancora rappresentavano circa il 50% della popolazione.

Una riduzione di tale percentuale si è verificata negli anni successivi a partire dal 1914 e, soprattutto, a partire dal 1915, anno in cui l'Italia ha preso parte alla prima guerra mondiale. La riduzione dell'analfabetismo è stata quindi causata da esigenze connesse all'esercizio di attività motivate dallo stato di guerra, vale a dire, in sostanza, da cause destinate a pregiudicare gravemente le condizioni della popolazione sotto tutti gli altri profili.

La ragione principale dell'analfabetismo andava ricercata nel fatto che, pur essendo stato introdotto in Italia nel 1877, con la legge Coppino, il principio dell'istruzione obbligatoria (fino ai 9 anni di età) non veniva affatto rispettato, anche perché non erano previste sanzioni in caso di inosservanza.

⁵⁷ Cfr. C. CATTANEO, *Del pensiero come principio d'economia politica*, Milano, Libri Scheiwiller, 2001, pp. 58-59, con *Prefazione* di CARLO G. LACAITA e *Postfazione* di MARCO VITALE.

Come riferisce Denis Mack Smith, nella sua Storia d'Italia⁵⁸ «*I genitori preferivano che i loro figli andassero a guadagnarsi il pane ed associavano, inoltre, l'istruzione pubblica con le imposte, tanto che le manifestazioni di protesta contro queste ultime prendevano qualche volta la forma di assalti agli edifici scolastici*».

Il mancato funzionamento della legge sull'istruzione obbligatoria ha quindi impedito a milioni di italiani di frequentare le scuole elementari e di ricevere i rudimenti del sapere, con i risultati drammatici rilevati dal censimento del 1911 e sopra segnalati.

Di conseguenza, facendo riferimento anche all'aspetto relativo al livello di istruzione della popolazione, a differenza di quanto accertato da Tocqueville negli Stati Uniti d'America, bisogna concludere che nel periodo tra il 1913 e il 1922, l'Italia presentava gravi carenze che le hanno impedito di effettuare sensibili progressi sotto il profilo sociale.

c. *Le condizioni di vita e di lavoro*

Sintetiche indicazioni sul terzo aspetto, qui esaminato, relativo alle condizioni di vita e di lavoro rese possibili dal funzionamento della giovane democrazia americana, si ricavano dalla lettura di diversi capitoli del secondo libro dell'opera di Tocqueville, *La democrazia in America*.

La sola analisi dei due aspetti in precedenza descritti, relativi all'*uguaglianza delle condizioni* e al *livello di istruzione* presenti nella società americana, è comunque sufficiente a far comprendere che la democrazia aveva consentito ai cittadini degli Stati Uniti di poter beneficiare di sicure ed apprezzabili condizioni di vita e di lavoro.

Nella società italiana, per quanto riguarda il periodo da noi preso in considerazione, pur escludendo i risultati derivanti dall'*uguaglianza delle condizioni* e da un adeguato *livello di istruzione*, che in Italia, come abbiamo visto, non erano stati realizzati, le condizioni di vita e di lavoro risultavano notevolmente migliorate rispetto a quelle dei decenni precedenti.

In effetti, fino all'anno 1900 la miseria era ampiamente diffusa in Italia e le condizioni alle quali la grande maggioranza della popolazione era assoggettata, risultavano inaccettabili.

In un discorso tenuto sulla situazione italiana nel settembre del 1900⁵⁹, Giovanni Giolitti così si espresse: «*Il Paese, dice l'onorevole Sonnino, è ammalato politicamente e moralmente, ed è vero: ma la causa più grave*

⁵⁸ Cfr. D. MACK SMITH, *Storia d'Italia dal 1861 al 1958*, Bari, Ed. Laterza, 1961, p. 406.

⁵⁹ Cfr. resoconto stenografico della seduta del 30 settembre 1900 alla Camera dei Deputati.

di tale malattia è il fatto che le classi dirigenti spesero enormi somme a beneficio proprio quasi esclusivo e vi fecero fronte con imposte, il peso delle quali cade in gran parte sulle classi più povere; noi abbiamo un gran numero di imposte sulla miseria: il sale, il lotto, la tassa sul grano, sul petrolio, il dazio di consumo, ecc.; non ne abbiamo una sola che colpisca esclusivamente la ricchezza vera; perfino le tasse sugli affari e le tasse giudiziarie sono progressive a rovescio; quando nel 1893, per stringenti necessità finanziarie, io dovetti chiedere alle classi più ricche un lieve sacrificio, sorse da una parte delle medesime una ribellione assai più efficace contro il governo che quella dei poveri contadini siciliani; e l'onorevole Sonnino, andato al governo dopo di me, dovette provvedere alle finanze rialzando ancora il prezzo del sale e il dazio sui cereali. Io deploro quanti altri mai la lotta di classe; ma, siamo giusti, chi l'ha iniziata?».

Dal discorso di Giolitti si possono desumere indicazioni sufficienti sulle condizioni di vita e di lavoro della grande maggioranza della popolazione italiana fino agli inizi del 1900.

Bisogna inoltre considerare che la situazione era di gran lunga più grave e difficile nell'Italia meridionale⁶⁰ dove prosperava anche la criminalità ed era diffuso il brigantaggio.

Ai mali indicati da Giolitti nel suo discorso occorre inoltre aggiungere, per quanto riguarda il Sud Italia, la disoccupazione e uno stato sanitario veramente deplorabile anche a causa della cattiva alimentazione e della malaria, ampiamente diffusa nelle pianure acquitrinose, che obbligava le popolazioni ad ammassarsi nelle zone montagnose più sane perché elevate, ma lontane dai terreni e dai luoghi di lavoro.

Giustino Fortunato si è dovuto, ad esempio, impegnare a fondo per far in modo che lo Stato provvedesse a distribuire gratuitamente alla popolazione il chinino, come rimedio contro la malaria.

Per quanto riguarda la disoccupazione, una valvola di sfogo per far fronte alla carenza di lavoro in Italia era rappresentata dall'emigrazione che nel primo decennio del 1900 ha raggiunto livelli enormi⁶¹.

Con la nomina di Giolitti, per la seconda volta, a capo del Governo nel 1903, prende gradatamente avvio in Italia un miglioramento delle condizioni economico-sociali che, come abbiamo in precedenza ricordato, con-

⁶⁰ Cfr. R. VILLARI, *Il Sud nella storia d'Italia*, Bari, Editori Laterza, 1933.

⁶¹ Sull'emigrazione italiana v. E. SORI, *L'emigrazione italiana dall'Unità alla seconda guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1984.

tinuerà nel decennio successivo fino allo scoppio della prima guerra mondiale nel 1914 e all'entrata in guerra dell'Italia nel 1915⁶².

È soltanto a partire dal 1914 che le condizioni di vita e di lavoro della grande maggioranza della popolazione italiana hanno cominciato a subire un rapido peggioramento, con ulteriori, notevoli aggravamenti nei successivi anni di guerra e nel dopoguerra.

Per di più la guerra, come sempre avviene, ha reso possibile la nascita e lo sviluppo di gruppi sociali privilegiati⁶³ che sono riusciti, per le ragioni più diverse, a sfruttare a proprio vantaggio le opportunità create dalla nuova situazione, sia durante il conflitto, sia negli anni immediatamente successivi.

L'esistenza di questi gruppi privilegiati e l'uso che essi facevano dei vantaggi ottenuti, hanno fornito ulteriori motivi per alimentare ed esasperare i già gravi contrasti sociali e politici esplosi nel dopoguerra, che hanno contribuito a rendere sempre più ingovernabile l'Italia fino al collasso finale della democrazia, come in precedenza abbiamo ricordato.

d. *L'associazionismo*

Il quarto ed ultimo aspetto, al quale occorre far riferimento, è l'*associazionismo*.

Come è stato ricordato nella seconda parte del presente lavoro, Tocqueville sembra ritenere che, per quanto riguarda l'America, lo stimolo più importante, inculcato negli americani dalla democrazia, sia stato lo spirito associativo, da cui i cittadini hanno ricevuto un potente impulso a collaborare fra loro, associandosi nelle forme più diverse.

Val la pena riportare nuovamente il celebre passo dell'opera di Tocqueville dedicato all'associazionismo: «*Gli americani di ogni età, di ogni condizione, di ogni tendenza, si uniscono continuamente. Essi non hanno solamente associazioni commerciali e industriali cui tutti prendono parte, ma anche di mille altre specie: religiose, morali, serie, futili, generali, particolari, grandissime e piccolissime; gli americani si associano per organizzare feste, fondare seminari, costruire alberghi, fabbricare chiese, diffondere libri, inviare missionari agli antipodi, come per fondare ospedali, prigioni, scuole*». Sulla base di queste lucide considerazioni Tocqueville conclude che: «*Ovunque alla testa delle iniziative nuove, allo stesso*

⁶² Sul miglioramento delle condizioni economiche nel decennio nel quale *Giolitti* ha direttamente o indirettamente governato l'Italia v. G. SPADOLINI, *Il mondo di Giolitti*, Firenze, Le Monnier, 1969.

⁶³ Sul punto si ritornerà più avanti nel testo.

*modo che in Francia troverete il governo e in Inghilterra qualche grande signore, in America troverete delle Associazioni*⁶⁴.

Per la verità, riflettendo sulle considerazioni di Tocqueville appena riportate, riteniamo che lo spirito associativo, più che l'effetto più importante prodotto dalla democrazia, ne sia stata la conseguenza più visibile o più facilmente percepibile.

È indubbio infatti che l'effetto più importante prodotto dalla democrazia, come ha sottolineato Tocqueville nel passo dell'*Introduzione a La democrazia in America*, in precedenza riportato, è stato l'uguaglianza delle condizioni.

È l'uguaglianza delle condizioni, da considerare come l'effetto direttamente prodotto dalla democrazia e dalle libertà da essa garantite, che ha reso possibile la nascita, lo sviluppo e la diffusione dello spirito associativo tra i cittadini americani nel senso indicato ed efficacemente descritto da Tocqueville.

All'uguaglianza delle condizioni, come causa dello spirito associativo, possiamo anche aggiungere il livello di istruzione conseguito che svolge un ruolo indubbiamente importante nell'agevolare i contatti fra persone di diversa estrazione e provenienza.

Lo spirito associativo considerato da Tocqueville ha, in effetti, un impatto trasversale, perché coinvolge tutti i cittadini americani i quali, non essendo separati in classi e non incontrando barriere ideologiche o sociali, trovano senz'altro conveniente ogni forma di spontanea collaborazione.

La correttezza delle considerazioni appena svolte appare confermata dal confronto tra la situazione riguardante la realtà americana, così ben descritta da Tocqueville, e quella esistente in Italia nel periodo da noi considerato.

Per quanto riguarda la realtà italiana, risulta perfettamente calzante l'esempio fornito da Tocqueville e sopra riportato.

Precisa infatti Tocqueville⁶⁵: «*Ovunque alla testa delle iniziative nuove, allo stesso modo che in Francia troverete il governo e in Inghilterra qualche grande signore, in America troverete delle Associazioni*».

Che cosa avveniva in Italia nel periodo da noi considerato? Se l'impulso non proveniva dallo Stato o da un ente pubblico territoriale, le iniziative potevano essere assunte da un notabile, oppure dalla Chiesa o da organizzazioni pubbliche o private (come la Massoneria) operanti a livello locale o nazionale.

⁶⁴ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 597.

⁶⁵ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 597.

Si trattava, quindi, in generale di iniziative avviate da soggetti od organismi che operavano nell'ambito delle proprie competenze e finalità, spesso di carattere benefico.

Quando invece erano i cittadini ad assumere spontaneamente iniziative, costituendosi in associazioni, l'obiettivo perseguito era generalmente quello di realizzare risultati concreti destinati ad avvantaggiare i membri delle associazioni medesime.

Al di fuori, pertanto, delle associazioni sorte spontaneamente con lo scopo di raggruppare i componenti di comunità scientifiche, artistiche o religiose, che avevano come finalità la diffusione del proprio credo, delle proprie idee o i risultati delle proprie ricerche, le associazioni sorte con atto spontaneo miravano, di regola, a tutelare unicamente gli interessi degli associati.

Questo era un obiettivo, del tutto comprensibile, giustificato dalla divisione della società in classi diverse, tra le quali non era possibile instaurare rapporti fondati sull'uguaglianza e sulla parità dei diritti.

Di conseguenza era difficilmente ipotizzabile in Italia la spontanea costituzione di associazioni senza scopo di lucro aventi, come finalità, la realizzazione di obiettivi che mirassero a procurare vantaggi a terze persone non appartenenti alle associazioni medesime⁶⁶.

In effetti, nel periodo da noi considerato, questo genere di associazioni non avevano ragione di nascere né di diffondersi.

Al contrario, a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale, come avremo modo in prosieguo di constatare, anche queste associazioni incontreranno il favore dei cittadini e raggiungeranno un notevole sviluppo.

Per finire, conviene far riferimento ad un'ulteriore, interessante osservazione di Tocqueville, secondo cui lo spirito associativo degli americani ha prodotto un effetto collaterale di indubbio rilievo, che ha contribuito ad esercitare una grande influenza sulla formazione della popolazione americana sotto il profilo sociale.

Secondo Tocqueville, lo spirito associativo degli americani ha contribuito in modo determinante alla creazione e alla diffusione in America di giornali liberi e indipendenti.

Come già in precedenza riferito, secondo Tocqueville⁶⁷: «Così l'America è il Paese del mondo dove esistono, ad un tempo, il maggior numero di associazioni e il maggior numero di giornali». A suo giudizio, esisteva

⁶⁶ Cfr. sul punto le considerazioni di S. CASSESE, *Governare gli italiani (Storia dello Stato)*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 83 ss.

⁶⁷ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 603.

un forte legame tra associazione e giornale in quanto: «*Il giornale rappresenta l'associazione; si può dire che esso parla a ciascuno dei suoi lettori in nome di tutti gli altri e li trascina tanto più facilmente quanto più sono individualmente deboli. L'impero dei giornali deve dunque crescere a mano a mano che gli uomini divengono uguali*».

Come si vede, lo spirito associativo non solo ha reso possibile la creazione di organizzazioni in grado di conseguire risultati utili ed importanti per la generalità dei cittadini, ma ha anche stimolato la nascita e lo sviluppo di un sistema di comunicazione adeguato per diffondere le idee e le convinzioni dei membri di tali organizzazioni tramite gli strumenti a quel tempo disponibili: i giornali.

La pubblicazione e la diffusione dei giornali era, ancora una volta, un effetto reso possibile dall'affermazione incontrastata della democrazia, che garantiva le libertà di pensiero, di parola e di stampa.

Di queste libertà i cittadini americani hanno potuto beneficiare sin dall'inizio della loro esperienza democratica, che ha preso avvio, come sappiamo, con l'entrata in vigore della Costituzione federale nel 1787.

Per quanto riguarda l'Italia, lo Statuto Albertino, vigente nel periodo al quale facciamo riferimento, prevedeva espressamente la libertà di stampa, con precise limitazioni che hanno trovato applicazione fino al 1906.

Secondo la normativa in vigore, infatti, era consentito il ricorso alla censura e i Prefetti del governo, che la imponevano, avevano il potere di sequestrare i giornali che non ne rispettavano le prescrizioni.

Nel 1906 le limitazioni alla libertà di stampa, sopra menzionate, sono state soppresse e, dopo il 1906, la stampa in Italia ha potuto esercitare liberamente le sue funzioni fino all'avvento del fascismo.

Nel periodo che va dal 1890 al 1914 venivano pubblicati in Italia diversi giornali, alcuni dei quali esercitavano una notevole influenza sull'opinione pubblica⁶⁸.

Il *Corriere della Sera* di Milano, diretto da *Luigi Albertini* aveva, nel 1914, una tiratura giornaliera enorme, pari a 650.000 copie e vantava, tra i suoi principali collaboratori, *Luigi Einaudi* che godeva di un notevole prestigio come economista ed era molto apprezzato dai lettori.

A debita distanza seguivano, nel Nord Italia, *Il Secolo* di Milano, *La Stampa* di Torino, *Il Lavoro* di Genova, *Il Resto del Carlino* di Bologna, *Il Gazzettino* di Venezia. A Roma venivano pubblicati *Il Giornale d'Italia* e

⁶⁸ Sullo sviluppo della stampa in Italia e sulla diffusione dei giornali cfr. P. MURIALDI, *Storia del giornalismo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2000.

Il Messaggero, mentre nel Sud Italia, a Palermo, si pubblicava *Il Giornale di Sicilia* che, nel 1914, raggiungeva ben 200.000 copie giornaliere.

I giornali, come già ricordato, a partire dal 1906 godevano della piena libertà di stampa.

Che la libertà di stampa fosse pienamente assicurata dopo il 1906, si desume in modo incontrovertibile dal fatto che *Gaetano Salvemini*, come sappiamo, acerrimo oppositore di *Giovanni Giolitti*, ha potuto scrivere e pubblicare il suo *pamphlet* contro lo stesso Giolitti, dal titolo *Il ministro della malavita*, proprio nel periodo (1906-1909) in cui Giolitti era, come capo del governo, all'apice del potere e godeva dei massimi successi come uomo politico.

Per quanto riguarda, pertanto, la libertà di stampa e la diffusione dei giornali, con riferimento al periodo qui considerato, le stesse risultavano, in Italia, giuridicamente tutelate.

Di fatto, la libertà di stampa e la diffusione dei giornali che, fino all'entrata in guerra dell'Italia nel 1915, non hanno incontrato ostacoli di rilievo, hanno subito restrizioni negli anni di guerra e in quelli del dopoguerra per il grave deterioramento della situazione politica italiana, alla quale abbiamo in precedenza accennato.

In ogni caso, come è noto, la libertà di stampa è stata totalmente soppressa dal fascismo a partire dal 1925⁶⁹.

e. Valutazioni di sintesi

Con riguardo, pertanto, al profilo sociale, l'analisi dei vari aspetti attinenti all'uguaglianza delle condizioni, al livello di istruzione, alle condizioni di vita e di lavoro, nonché allo spirito associativo che abbiamo in precedenza esaminato, con riferimento alla realtà italiana del periodo qui considerato (anni 1913-1922), mette vistosamente in luce, in modo impietoso, le carenze e le lacune alle quali il sistema democratico italiano non aveva saputo adeguatamente far fronte per porvi i necessari rimedi.

Come è stato osservato, si trattava chiaramente di carenze e lacune aventi origini lontane, che soltanto un'applicazione costante, duratura e pertinace del sistema democratico avrebbe consentito di affrontare in modo efficace e di superare con successo.

⁶⁹ Sulla libertà politica e sulla libertà di stampa cfr. i manifesti degli intellettuali fascisti e antifascisti redatti, rispettivamente, da *Giovanni Gentile* e da *Benedetto Croce*, pubblicati in E. R. PAPI, *Storia di due manifesti. Il fascismo e la cultura italiana*, Milano, Feltrinelli, 1958.

Purtroppo, a partire dal 1915, le sofferenze e i disagi degli anni di guerra, nonché i conflitti e gli sconvolgimenti del dopoguerra, hanno talmente esacerbato gli animi degli italiani da portare le tensioni politiche e sociali al di fuori di ogni ragionevole controllo, con la conseguenza di rendere ingovernabili anche le istituzioni e di far perdere all'Italia e agli italiani la stessa libertà.

2. L'IMPATTO DELLA DEMOCRAZIA SOTTO IL PROFILO CULTURALE E SCIENTIFICO

Quello democratico è indubbiamente il sistema più adatto per la diffusione della cultura e della scienza, perché assicura il rispetto delle libertà fondamentali, che ne garantiscono la nascita e lo sviluppo, vale a dire le libertà di pensiero, di parola, di espressione e di ricerca.

Le condizioni rese possibili dalla democrazia sono, quindi, quelle ideali per lo sviluppo e la diffusione della cultura e della scienza che, per definizione, devono essere libere.

In presenza di tali condizioni, la cultura e la scienza potranno, pertanto, svilupparsi e diffondersi seguendo gli indirizzi che le inclinazioni e gli interessi della popolazione di un determinato Paese considerano prioritari e meritevoli di essere seguiti.

A questo punto, come ben si comprende, si pone il problema della qualità della cultura e della scienza che appare strettamente connesso a quello della qualità e delle inclinazioni di coloro che le coltivano, nonché agli obiettivi perseguiti.

a. Con riferimento alla situazione americana

Tocqueville che, come abbiamo in precedenza ricordato, apprezzava senza remore il livello di istruzione raggiunto dalla giovane democrazia americana, ha subito individuato i limiti che l'inclinazione degli americani poneva allo sviluppo e alla diffusione della cultura e della scienza.

Per quanto riguarda la cultura in generale, secondo Tocqueville gli americani⁷⁰ «vedono la letteratura propriamente detta con un certo sfavore; e vi sono in Europa città di terz'ordine che pubblicano ogni anno più opere letterarie che i 24 Stati dell'Unione messi insieme».

⁷⁰ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 356.

Per questo, sempre a giudizio di Tocqueville⁷¹, «*chi vuole giudicare quale sia la condizione della cultura tra gli americani deve, dunque, considerare le cose da due punti di vista. Se fa attenzione solo ai dotti, si stupirà del loro esiguo numero; e se conta gli ignoranti, il popolo americano gli sembrerà il più colto della terra*».

Come si vede, dalle considerazioni di Tocqueville, si deduce che l'inclinazione degli americani li portava ad applicare la dottrina dell'*interesse ben inteso*, che abbiamo ampiamente esaminato nella seconda parte del presente lavoro, anche nei confronti della cultura.

In altre parole, anche con riguardo alla cultura, gli americani prendevano in considerazione ciò che poteva rappresentare un "utile" adeguato per soddisfare un loro ragionevole interesse.

A maggior ragione, questa inclinazione portava gli americani ad applicare la dottrina dell'*interesse ben inteso* nei confronti della scienza, dalla quale è ovviamente più agevole e più rapido ricavare concreti vantaggi.

Tocqueville dedica a questi aspetti acute osservazioni⁷²: «*Lo spirito americano si allontana dalle idee generali; esso non si dirige verso le scoperte teoriche. La politica stessa e l'industria non saprebbero portarvelo*». Conseguentemente «*in America si applicano con sagacia le invenzioni dell'Europa e, dopo averle perfezionate, le si adatta meravigliosamente ai bisogni del Paese. Gli uomini sono industriosi ma non coltivano la scienza dell'industria*»⁷³.

Questa mentalità e questo modo di comportarsi degli americani spiegano perché gli Stati Uniti d'America, nei decenni successivi alla visita di Tocqueville e, soprattutto, dopo la fine della guerra di Secessione (1865), abbiano subito una straordinaria trasformazione caratterizzata da un enorme sviluppo economico, divenendo il Paese più avanzato e potente al mondo, dal punto di vista industriale e commerciale.

b. Con riferimento alla situazione italiana

Per quanto riguarda la realtà italiana, con riferimento al periodo da noi esaminato (1913-1922), il sistema democratico ha determinato, sia sotto il profilo scientifico, sia sotto quello culturale, effetti indiscutibilmente rilevanti.

Per quanto riguarda la scienza, il suo progresso in Italia era stato senz'altro già reso possibile dal rispetto di alcune libertà fondamentali ga-

⁷¹ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 357.

⁷² Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 356.

⁷³ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 356.

rantite dal graduale sviluppo del sistema democratico. Nelle materie scientifiche sono stati, ad esempio, ottenuti in Italia notevoli successi negli anni tra la fine del 1800 e gli inizi del 1900, grazie alle scoperte di *Galileo Ferraris* nel settore dell'elettricità e a quelle di *Guglielmo Marconi* nel settore delle telecomunicazioni⁷⁴.

Queste scoperte hanno contribuito a stimolare significativi progressi in tutti i settori dell'economia italiana, a partire dal settore industriale.

Per quanto riguarda la cultura, è noto che in Italia, nel periodo interessante la nostra ricerca, si sono sviluppati con successo movimenti intellettuali sorti negli anni precedenti.

Insieme alla fioritura di nuove e vivaci iniziative culturali avviate da gruppi di scrittori ed artisti che hanno contribuito a sviluppare il senso critico degli italiani sui temi più diversi in campo letterario, artistico, filosofico, giuridico, politico e sociale, vi è stata anche l'affermazione di movimenti culturali di opposizione che perseguivano obiettivi di radicale cambiamento della società italiana.

Questi movimenti, sorti agli inizi del 1900, hanno in seguito avuto modo di svilupparsi e radicalizzarsi in conseguenza di due eventi che hanno notevolmente influenzato l'opinione pubblica italiana incidendo significativamente sulla situazione politica.

Il primo dei due eventi è rappresentato dalla guerra del 1912 per la conquista della Libia che ha contribuito a idealizzare il concetto di Stato nazione e ad esaltare il mito dello Stato nazionale⁷⁵.

Il secondo evento è costituito dall'esito delle elezioni politiche del 1913, tenute per la prima volta a suffragio universale, come in precedenza ricordato, che ha aperto l'accesso al Parlamento ai cattolici ed ha reso possibile un notevole incremento dei deputati socialisti.

⁷⁴ Sugli sviluppi delle invenzioni in materia di energia elettrica e di telecomunicazioni cfr. i testi indicati *supra*, nota 47.

⁷⁵ Giolitti, generalmente restio ad impegnarsi in guerre e in conflitti armati, specie nella sua veste di Capo del governo, è stato invece sorprendentemente favorevole a sostenere la guerra di Libia quando è divenuto, per la quarta volta, Presidente del Consiglio nel 1911. È da ritenere che tale atteggiamento, al di là delle motivazioni politico-economiche con le quali poteva essere spiegato, fosse in buona misura giustificato da ragioni psicologiche. Con la guerra di Libia, in sostanza, Giolitti voleva probabilmente rintuzzare le accuse di immobilismo mosse dai gruppi nazionalisti italiani ai governi liberali di quel periodo che non avevano saputo svolgere con coraggio un ruolo di primo piano sulla scena internazionale. Sono, in effetti, le accuse mosse a Giolitti dalle "minoranze vociferanti" dei nazionalisti che saranno esaminate e commentate nel testo. Cfr. sul punto I. MONTANELLI, *Storia d'Italia - 1861-1919*, vol. 6, (*L'Italia di Giolitti: dal 1900 al 1920*), Milano, Rizzoli, 1974, p. 410 ss., secondo il quale Giolitti (p. 411): «Più che la Libia, voleva la guerra o meglio qualcosa che desse finalmente agli italiani l'impressione di farne una e di vincerla».

Questi eventi hanno contribuito ad accentuare i contrasti da tempo esistenti nella società italiana, favorendo soprattutto la crescita e la diffusione, tra le giovani generazioni, di un acceso nazionalismo in opposizione allo Stato liberale che aveva governato l'Italia negli ultimi cinquant'anni.

Come ricorda Emilio Gentile (p. 88)⁷⁶ «*I giovani delle generazioni nate negli ultimi due decenni dell'Ottocento non riconoscevano nel regime esistente il legittimo rappresentante della nazione (...). Di conseguenza reclamavano una profonda e radicale trasformazione del sistema politico per costruire uno "Stato nuovo", uno Stato capace di superare le fratture che ancora dividevano gli italiani (...) integrando nello Stato i ceti sociali che ne erano rimasti fuori dopo l'unificazione*».

La radicale opposizione allo Stato liberale, impersonato da *Giovanni Giolitti*, è stata espressa in modo icastico dal sindacalista *Arturo Labriola* in un aggressivo discorso pronunciato alla Camera dei deputati il 9 dicembre 1913⁷⁷ dopo le citate elezioni svoltesi a suffragio universale: «*Noi siamo all'urto democratico di tutti gli elementi politici (...). Esiste un'Italia cattolica, esiste un'Italia socialista, esiste un'Italia imperialista: non esiste un'Italia giolittiana. L'Italia giolittiana è una mediocre combinazione parlamentare, nata fra i corridoi e l'Aula, buona soltanto ad impedire, incapace di creare. Questa Italia deve sparire*».

L'opposizione intransigente allo Stato liberale, proclamata senza equivoci da un sindacalista rivoluzionario come *Arturo Labriola* che, nel suo intervento, appena riportato, aveva esplicitamente riconosciuto l'esistenza di un'Italia "spezzata", era da tempo sostenuta da intellettuali di altra formazione, desiderosi di cambiare l'Italia, come lo storico *Adolfo Omodeo* che nel 1912⁷⁸ scriveva: «*La patria nuova; è questo di cui abbiamo bisogno: non la patria vecchia, la patria dei retori (...) tutto bisognerebbe rifondare, tutto riunire in una profonda volontà che tutto abbracci, che tutto vincoli, in cui tutto converga: creare la patria anche con la fiaccola della guerra civile*».

L'evocazione della necessità di ricorrere ad una guerra civile per rinnovare l'Italia, abbattendo il vecchio Stato liberale, era l'indizio più significativo di un nazionalismo che si era affermato nel primo decennio del 1900 e che continuava a rafforzarsi e ad espandersi.

⁷⁶ Cfr. E. GENTILE, *La grande Italia*, cit. supra, nota 41, p. 88.

⁷⁷ Cfr. resoconto stenografico della seduta del 9 dicembre 2013 alla Camera dei Deputati.

⁷⁸ Cfr. A. OMODEO, *Lettere 1910-1946*, Torino, Einaudi, 1963, p. 14.

Secondo Emilio Gentile (p. 94)⁷⁹: «*Il sentimento che predominava nel vario nazionalismo, all'inizio del 900, era l'entusiasmo per le scoperte scientifiche, lo sviluppo tecnologico, l'accelerazione del ritmo del tempo, il nuovo senso dinamico della vita*». Trascinati da questo sentimento e da questo entusiasmo, i «*giovani intellettuali dell'avanguardia modernistica*», come li ha definiti lo stesso Gentile: «*erano convinti che soltanto l'inefficienza delle classi dirigenti, l'inerzia delle masse, la mancanza di cultura adeguata a comprendere e ad affrontare la realtà della nuova vita moderna (...) impedivano all'Italia di raggiungere le nazioni più avanzate*»⁸⁰.

Questo spirito nazionalista, perennemente insoddisfatto e alla spasmodica ricerca di radicali ma nebulosi cambiamenti, era alimentato, come in precedenza ricordato, anche da movimenti culturali, come quello dei futuristi, che estremizzavano in modo provocatorio tutti gli obiettivi perseguiti.

Basta riportare alcuni passi del *Manifesto dei futuristi*, pubblicato dal fondatore Marinetti nel 1909, per rendersene conto.

Proclamava il manifesto dei futuristi⁸¹: «*Noi vogliamo cantare l'amore del pericolo, l'abitudine all'energia e alla temerarietà. Il coraggio, l'audacia, la ribellione saranno elementi essenziali della nostra poesia. La letteratura esaltò fino ad oggi l'immobilità pensosa, l'estasi e il sonno. Noi vogliamo esaltare il movimento aggressivo, l'insonnia febbrile, il passo di corsa, il salto mortale, lo schiaffo e il pugno (...) Noi vogliamo glorificare la guerra, sola igiene del mondo, il militarismo, il patriottismo, il gusto distruttore dei libertari*».

Come si può comprendere, nel manifesto dei futuristi si ritrovano molti degli ingredienti che verranno in seguito assimilati dalla pratica fascista.

Accanto ai movimenti culturali, come quello dei futuristi, imperversavano anche altri movimenti di opinione che perseguivano il nazionalismo come obiettivo statutario, come il *movimento nazionalista*, fondato da Enrico Corradini, il suo più acceso esponente, il quale disprezzava lo Stato liberale «*che non ha avuto mai nessuna fede, nessuna morale, nessuna forza per creare storia e civiltà*»⁸².

Allineati a questi movimenti, dal punto di vista culturale, si trovavano

⁷⁹ Cfr. E. GENTILE, *La grande Italia*, cit. supra, nota 41, p. 94.

⁸⁰ Cfr. E. GENTILE, *La grande Italia*, cit. supra, nota 41, p. 94.

⁸¹ Cfr. *Manifesto dei futuristi*, in G. DAVICO BONINO (a cura di), *Manifesti futuristi*, Milano, BUR, 2009.

⁸² Cfr. E. CORRADINI, *Discorsi politici, 1902-1923*, Firenze, Vallecchi, 1923. Secondo Corradini occorre partecipare alla guerra ad ogni costo: «*La guerra è l'atto supremo, ma l'affermare la necessità della guerra comprende il riconoscere la necessità di preparare la guerra e di prepararsi alla guerra*», ivi, p. 101.

anche celebri personaggi come Gabriele D'Annunzio, finissimo artista, dotato però di un "Ego" arroventato che infiammava le folle con discorsi rutilanti ma razionalmente poveri di contenuto⁸³.

Altri scrittori e poeti cercavano di seguirne le tracce anche se con risonanza molto più attenuata⁸⁴.

Da quanto in precedenza riferito, si possono comprendere la profondità delle tensioni politiche createsi negli anni 1914-1915 e la durezza degli scontri tra gli esponenti che rappresentavano le opposte fazioni dell'Italia "spezzata".

I movimenti culturali e di opinione in precedenza menzionati hanno sicuramente contribuito a fornire un sostegno determinante agli uomini politici, agli intellettuali e ai rappresentanti delle categorie favorevoli all'entrata in guerra dell'Italia. Diversamente non si riuscirebbe a spiegare una decisione di tale portata e di tale importanza, che è stata adottata con l'opposizione dei cattolici e dei socialisti e contro l'opinione sia della maggioranza del Paese, sia di Giolitti la cui opposizione è stata superata soltanto grazie alla mancata consultazione della Camera dei deputati, composta, in larga parte, da politici favorevoli all'indirizzo da lui seguito.

Con riferimento al periodo da noi esaminato, pertanto, l'impatto della democrazia in Italia, sotto il profilo culturale e scientifico, ha rivelato le evidenti criticità sopra indicate che però devono essere valutate sotto altri profili e, in particolare, sotto il profilo politico come più avanti si vedrà.

3. L'IMPATTO DELLA DEMOCRAZIA SOTTO IL PROFILO ECONOMICO

a. Con riferimento alla situazione americana

In diversi capitoli del suo capolavoro *La democrazia in America*, Tocqueville fa riferimento alla rilevanza dell'impatto esercitato dalla democrazia sull'attività economica degli americani.

Secondo Tocqueville «*La democrazia perciò non solo moltiplica il numero dei lavoratori, spinge anche gli uomini verso un dato lavoro piuttosto che verso un altro e mentre li distoglie dall'agricoltura, li indirizza verso il commercio e l'industria*»⁸⁵.

Anche questi effetti, indicati da Tocqueville, erano chiaramente prodotti dalle libertà che la democrazia americana tutelava e garantiva.

⁸³ Cfr. G. D'ANNUNZIO, *Tutte le opere*, a cura di ENRICA BIANCHETTI, Milano, 1962, *passim*.

⁸⁴ Uno di questi era ALFREDO ORIANI, autore del libro *La rivolta ideale*, Bologna, Gherardi, 1912.

⁸⁵ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 645.

Tocqueville sapeva benissimo che, fino a metà del Settecento, dove la democrazia non esisteva, come in Francia, le leggi *suntuarie* obbligavano a tener conto della divisione della popolazione in classi sociali, imponendo addirittura il tipo di abiti che i membri delle diverse classi dovevano portare.

Come ricorda Richard Sennett, ancora nella metà del 1700⁸⁶ «*Le mogli dei manovali non potevano vestirsi come le mogli dei mastri-artigiani ed era vietato a quelle dei "commercianti" di indossare alcuni ornamenti che spettavano alle mogli degli aristocratici*».

Come ben si comprende, in mancanza di democrazia, se non era neppure consentito scegliere l'abito per vestirsi, non era, a maggior ragione, consentito scegliere il lavoro per guadagnarsi da vivere.

A questo riguardo, Tocqueville ha descritto con chiarezza il contrasto esistente tra i Paesi non democratici, nei quali le società erano divise in classi e i Paesi democratici, nei quali le divisioni in classi non esistevano. Osserva Tocqueville⁸⁷: «*Un popolo che è vissuto per secoli e secoli sotto il regime delle caste e delle classi, non giunge ad un assetto sociale democratico se non attraverso un lungo susseguirsi di trasformazioni più o meno ardue, per mezzo di violenti sforzi e dopo numerose vicissitudini (...)*».

Anche nel caso in cui i cambiamenti si realizzano con successo, continuano però a permanere le abitudini legate alle regole in precedenza applicate e alle vecchie incrostazioni che continuano a sussistere. Al contrario, il popolo americano, che ha sperimentato fin dall'inizio la democrazia, non è stato costretto a subire una tale evoluzione con i penosi adattamenti in precedenza ricordati.

Secondo Tocqueville, nel popolo americano i cambiamenti da sottoporre a verifica per valutarne la rilevanza, non erano quelli che risultavano da un confronto con il passato, bensì quelli in permanente evoluzione che risultavano da un diretto confronto con il futuro. Osserva infatti Tocqueville⁸⁸: «*In un popolo i cui ceti sono pressappoco uguali, nessun legame apparente unisce gli uomini o li tiene fermi nel posto in cui sono. Nessun uomo ha il diritto permanente o l'autorità di comandare, e nessuno ha come condizione d'obbedire; ciascuno però, trovandosi provvisto di qualche capacità e di qualche risorsa può scegliere la propria strada e tenersi separato da tutti i suoi simili. Le medesime cause, che rendono i cittadini indipendenti gli uni dagli altri, li spingono ogni giorno verso nuovi e inquieti desideri e li pungolano di continuo. Sembrerebbe dunque naturale credere che, in*

⁸⁶ Cfr. R. SENNET, *Il declino dell'uomo pubblico*, cit. supra, nota 45, p. 79.

⁸⁷ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 744.

⁸⁸ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 744.

una società democratica, le idee, le cose e gli uomini debbano eternamente cambiare di forma e di posto, e che i secoli democratici debbano essere tempi di trasformazioni rapide e incessanti».

Per questo, a giudizio di Tocqueville, la democrazia sperimentata in America, una volta divenuta operante, ha consentito ad ogni americano di scegliere liberamente l'attività economica che intendeva svolgere. Precisa a questo proposito Tocqueville⁸⁹: *«Ma quello che mi colpisce di più negli Stati Uniti non è la straordinaria grandiosità di alcune imprese industriali, bensì l'immense moltitudine delle piccole industrie».*

Il numero rilevante di industrie che Tocqueville aveva scoperto durante la sua permanenza negli Stati Uniti negli anni 1831-1832, non era però neppure lontanamente paragonabile al numero e alla forza di quelle che avrebbero in seguito costituito l'enorme apparato industriale americano esistente negli ultimi decenni del 1800.

Ma le indicazioni raccolte durante la sua visita, sono state sufficienti a Tocqueville per concepire una geniale, profetica intuizione, frutto soprattutto del suo acume e della sua intelligenza.

Questa profetica intuizione è esposta e commentata in un apposito capitolo della seconda parte del secondo libro del suo capolavoro, il capitolo ventesimo, che porta un titolo significativo: *«Come dall'industria potrebbe scaturire l'aristocrazia».*

Tale capitolo comincia anticipando, in modo esplicito, il contenuto della profezia⁹⁰: *«Ho mostrato come la democrazia favorisca lo sviluppo dell'industria e moltiplichi enormemente il numero degli industriali; vedremo ora per quale giro vizioso l'industria potrebbe a sua volta ricondurre gli uomini verso l'aristocrazia».*

Dopo questi sintetici riferimenti, Tocqueville, mette in evidenza che la divisione del lavoro accentua in modo notevole il progresso delle attività manifatturiere, rendendo sempre più accessibili per i consumatori e sempre più perfetti i prodotti immessi sul mercato, con la conseguenza di attrarre *«uomini illuminati e facoltosi, per sfruttare le industrie rimaste fino ad allora abbandonate»*⁹¹.

Queste grandi prospettive di sviluppo fanno sì che⁹²: *«uomini sempre più ricchi e lungimiranti, consacrino all'industria le loro ricchezze e le loro conoscenze, e cerchino, aprendo grandi stabilimenti e applicando una*

⁸⁹ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 648.

⁹⁰ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 649.

⁹¹ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 650.

⁹² Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 651.

rigida divisione del lavoro, di soddisfare i nuovi desideri che si manifestano da tutte le parti. Così, a mano a mano che la gran massa delle nazioni si volge alla democrazia, la particolare classe che si occupa dell'industria diventa più aristocratica. Gli uomini si mostrano più simili nell'una e sempre più diversi nell'altra, e la disuguaglianza cresce nella piccola società nella stessa proporzione in cui decresce quella grande. Allorché, dunque, si cerca di risalire alle fonti, sembra come di vedere l'aristocrazia uscire per una spinta naturale, dal seno stesso della democrazia. Ma questa aristocrazia non rassomiglia affatto a quelle che l'hanno preceduta».

Dopo aver descritto il processo che porta a separare coloro che detengono il potere economico dai membri della popolazione che non contribuiscono a gestirlo, Tocqueville giunge pertanto alla conclusione del suo ragionamento, più sopra esposto, facendola precedere da una sottile riflessione: «Io penso che, a conti fatti, l'aristocrazia manifatturiera che vediamo sorgere sotto i nostri occhi, è una delle più dure che siano apparse sulla terra, ma è anche, nello stesso tempo, una delle più circoscritte e delle meno pericolose». Da questa riflessione scaturisce l'intuizione profetica⁹³: «Tuttavia gli amici della democrazia debbono continuamente guardare da quella parte con inquietudine: giacché, semmai la disuguaglianza permanente delle condizioni e l'aristocrazia penetreranno di nuovo nel mondo, si può prevedere che quella ne sarà la porta».

Con la sua geniale intuizione, Tocqueville ha previsto esattamente ciò che si sarebbe verificato alcuni decenni dopo la fine della guerra di secessione (1865), che abbiamo descritto nella seconda parte del presente lavoro e, per la verità, anche quello che si sarebbe verificato negli anni successivi nel mondo occidentale industrializzato.

La prima forma "aristocratica" di gestione del potere economico, in un sistema democratico, si è, come sappiamo, effettivamente realizzata in America attraverso un'espansione della grande industria, di proporzioni gigantesche, inimmaginabili al tempo della visita di Tocqueville: un'espansione che era arrivata al suo massimo sviluppo in assenza di adeguate normative di contrasto e di efficaci sistemi di controllo, come abbiamo ricordato nella seconda parte del presente lavoro. La gestione "aristocratica" del potere economico, una volta affermata, si è poi servita della corruzione per completare l'opera, estendendo il proprio potere dal settore economico a quello politico, come abbiamo avuto modo di chiarire, sempre nella seconda parte del presente lavoro⁹⁴.

⁹³ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 652.

⁹⁴ Cfr. il paragrafo «La corruzione», p. 303 ss. della Seconda Parte.

b. Con riferimento alla situazione italiana

Per quanto riguarda l'Italia, l'analisi dell'impatto della democrazia sullo sviluppo economico del Paese, richiede una breve premessa introduttiva.

Abbiamo più sopra accennato al progresso ottenuto in Italia in campo scientifico con riferimento, in particolare, al settore elettrico e a quello delle telecomunicazioni.

L'applicazione pratica delle scoperte scientifiche ha consentito, in effetti, di perfezionare lo sfruttamento di una nuova fonte di energia (idroelettrica) per realizzare importanti risultati in campo industriale. Ma gli sforzi per realizzare tali progressi, che in America avrebbero incontrato soltanto ostacoli fisici e naturali, agevolmente superabili con un lavoro pertinace e costante, in Italia si scontravano con ostacoli aggiuntivi di ogni genere, tanto di ordine sociale e culturale quanto, soprattutto, di ordine politico.

Per il governo italiano, ad esempio, la produzione di energia elettrica aveva essenzialmente rilevanza perché costituiva una fonte importante di entrate fiscali.

La lentezza e la complessità del sistema burocratico rendevano, inoltre, oltremodo difficile ogni investimento innovativo, creando, ad esempio, le condizioni per far rigettare, nel 1897, la proposta di realizzare un vasto programma di elettrificazione della rete ferroviaria italiana, per il solo motivo che il finanziamento proveniva dall'estero.

L'elettricità, a partire dalla fine del 1800, ha in ogni caso cominciato a fornire una nuova fonte di energia abbondante e a buon mercato che ha contribuito in modo determinante allo sviluppo dell'economia in tutta Italia.

Le prime industrie che ne hanno tratto notevoli benefici furono quelle siderurgiche che producevano acciaio, richiesto in molti settori manifatturieri in espansione.

Tutte le imprese manifatturiere hanno comunque ottenuto grandi vantaggi dall'impiego della nuova fonte di energia nel settore nel quale esse operavano: tessile, automobilistico, alimentare etc.

Anche le imprese artigiane hanno avuto modo di svilupparsi ottenendo concreti vantaggi e questo era un risultato di grande importanza perché l'economia italiana era soprattutto sostenuta e stimolata dalle imprese artigianali e dalle piccole imprese.

Lo sviluppo economico registrato in Italia, tra la fine del 1800 e nel corso del primo decennio del 1900 è stato quindi indubbiamente significativo⁹⁵, nonostante gli ostacoli di vario genere che è stato necessario supera-

⁹⁵ Sullo sviluppo economico e industriale v. le opere degli autori, *cit. supra*, nota 47.

re, in precedenza menzionati, e avrebbe sicuramente raggiunto traguardi molto importanti se non si fosse interrotto a causa dell'entrata dell'Italia nella prima guerra mondiale.

A questo proposito occorre però aggiungere che, per comprensibili motivi, con riferimento ad alcune specifiche industrie, l'entrata in guerra dell'Italia ha determinato un'espansione esplosiva della loro attività⁹⁶.

Ci riferiamo alle industrie delle armi, alle industrie siderurgiche, a quelle automobilistiche e a quelle tessili, per fornire esempi specifici.

Ma si è trattato, come ben si comprende, di uno sviluppo artificioso, quasi interamente sostenuto e gonfiato dall'intervento finanziario pubblico che ha anche determinato rivolgimenti e scompensi sociali notevoli, come abbiamo più sopra segnalato e come ha sottolineato Federico Chabod⁹⁷: *«Intere fortune nascono così da un giorno all'altro. Per taluni, dunque, sopraggiunge un totale sfacelo economico, per altri invece un arricchimento improvviso: i nuovi ricchi di fronte alla vecchia borghesia agiata che sta crollando»*.

Di ciò si è avuta puntuale conferma alla fine delle ostilità, quando, nel primo dopoguerra, è stato necessario procedere allo smantellamento delle industrie sovvenzionate con l'aiuto dello Stato.

Gli anni di guerra, gravati da penuria e carestie e gli anni del dopoguerra, caratterizzati per di più da incessanti scontri politici, conflitti interni sanguinosi e da continui scioperi, hanno provocato un drastico rallentamento dell'economia, con le inevitabili ricadute sulla situazione politica che in precedenza abbiamo descritto. Come ha ricordato Federico Chabod⁹⁸: *«Da noi, per la prima volta, un popolo di oltre 36 milioni d'abitanti si vede gettato in una lotta che durerà quattro anni, una lotta che non solo è cruentissima, ma anche rovinosa dal punto di vista finanziario (...) Le conseguenze sono gravissime. Prime vittime di questa situazione sono quei gruppi sociali che avevano costituito fino allora la vera struttura dello Stato italiano, nel senso politico del termine, cioè la piccola e la media borghesia (professioni liberali, quadri del commercio e dell'industria, possidenti) e i piccoli proprietari che non coltivano direttamente i loro fondi. Il carico fiscale che colpisce questi gruppi s'accresce e grava ogni giorno più pesantemente sulle loro spalle. Lo stesso accade ai proprietari d'immobili»*.

⁹⁶ Sono le conseguenze ben note, che si verificano in tempo di guerra, determinate dallo stravolgimento delle regole di mercato in economia e dall'inflazione.

⁹⁷ Cfr. F. CHABOD, *L'Italia contemporanea*, (1918-1948), cit. *supra*, nota 49, p. 29.

⁹⁸ Cfr. F. CHABOD, *L'Italia contemporanea*, cit. *supra*, nota 49, p. 27 e p. 29.

Sulla gravità della situazione economica italiana di quel periodo, *Luigi Einaudi* ha scritto numerosi e documentati articoli, soprattutto sul *Corriere della Sera*, che sono stati in seguito raccolti in volume⁹⁹.

Per quanto riguarda l'Italia, pertanto, il sistema democratico che, a partire dal 1913, anno delle prime elezioni a suffragio universale, avrebbe potuto favorire lo sviluppo socio-economico dell'intero Paese, grazie all'inserimento nella vita politica di una parte consistente della popolazione che ne era stata fino ad allora esclusa, non è stato in grado di realizzare alcun progresso, a motivo del coinvolgimento dello Stato italiano nella prima guerra mondiale che ha aperto la strada al suo graduale dissesto e, alla fine, al suo tragico fallimento politico¹⁰⁰. È da ritenere che buona parte delle responsabilità di questo fallimento siano anche da attribuire ai difettosi meccanismi del regime monarchico, disciplinanti il sistema politico-istituzionale italiano, che hanno accentuato, aggravandoli, gli errori di carattere politico in precedenza ricordati, i quali hanno alla fine condotto l'Italia fuori dal consesso delle democrazie.

4. IMPATTO DELLA DEMOCRAZIA SOTTO IL PROFILO POLITICO

a. Con riferimento alla situazione americana

Come si ricorderà, secondo Tocqueville, lo spirito associativo degli americani, agevolando il coinvolgimento nelle più diverse associazioni dei cittadini di ogni estrazione sociale, oltre a rendere possibile, come effetto collaterale, la fondazione di giornali liberi ed indipendenti, ha favorito anche la nascita dei partiti politici.

Abbiamo già in precedenza riportato l'opinione di Tocqueville sulle relazioni esistenti tra associazioni civili e associazioni politiche, secondo cui¹⁰¹: «*Esiste fra le due specie di associazioni un rapporto naturale e forse necessario*». Tocqueville, che considerava le associazioni politiche molto utili, ne apprezzava e valorizzava soprattutto la funzione educativa, precisando che: «*Le associazioni politiche possono, dunque, essere conside-*

⁹⁹ Cfr. L. EINAUDI, *Cronache economiche e politiche di un trentennio, (1914-1918)*, vol. IV, Torino, Einaudi, 1960. Si veda anche L. EINAUDI, *La condotta economica e gli effetti sociali della guerra italiana*, Bari, Laterza & Figli, 1933, *passim*.

¹⁰⁰ Cfr. R. ROMEO, *L'Italia unita e la prima guerra mondiale*, Roma-Bari, Laterza, 1978, il quale, nella *Prefazione*, così scrive: «*Con il conflitto 1915-1918, la storia dello Stato liberale italiano (...) raggiunge il suo culmine che fu insieme l'inizio della sua tragedia*».

¹⁰¹ Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 606.

rate come grandi scuole gratuite dove tutti i cittadini vengono ad imparare la teoria generale delle associazioni»¹⁰².

L'importanza del ruolo svolto dai partiti politici per assicurare il mantenimento e il corretto funzionamento della democrazia americana non ha bisogno di essere particolarmente enfatizzata, visti gli sviluppi subiti in America da tali partiti e i risultati da essi raggiunti nel corso del tempo.

Possiamo pertanto ora procedere all'analisi della realtà italiana, cercando di mettere in evidenza le enormi differenze che hanno condizionato in modo determinante gli opposti indirizzi seguiti nello svolgimento dell'attività politica nei due Paesi.

b. Con riferimento alla situazione italiana

La prima fondamentale differenza tra la situazione politica italiana e quella americana è dovuta alla radicale diversità di atteggiamento che le rispettive popolazioni hanno manifestato nei confronti dell'esistenza stessa dei loro Stati, fin dal momento della loro costituzione.

Negli Stati Uniti d'America, dopo l'entrata in vigore della Costituzione nel 1787, la popolazione americana ha sempre fedelmente e fermamente sostenuto lo Stato federale, come viene ripetutamente riconosciuto da Tocqueville nel suo capolavoro, *La democrazia in America*.

Tale fedeltà si è incrinata, come sappiamo, soltanto nel 1861, in seguito allo scoppio della guerra di secessione, ma il contrasto tra gli Stati dissidenti non era sostanzialmente motivato dalla contestazione dello Stato federale, quanto invece dal conflitto tra gli interessi socio-economici degli Stati americani del Nord, che intendevano abolire la schiavitù e quelli degli Stati americani del Sud che, invece, intendevano mantenerla.

¹⁰² Cfr. A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 607. Possiamo anche aggiungere che il contesto politico, economico e sociale nel quale gli americani sono cresciuti, grazie al quale si è sviluppata la loro società, ha reso superflua la creazione di partiti politici ispirati al socialismo. Il sociologo tedesco *Werner Sombart* ha scritto nel 1906 un saggio intitolato *Perché negli Stati Uniti non c'è il socialismo?* (ora pubblicato dall'editore Bruno Mondadori, Milano, 2006). Ho letto il saggio con molta attenzione ed ho constatato, con mia grande sorpresa, che in nessuna parte del testo viene citato Tocqueville, né vengono fatti riferimenti alla sua opera, *La democrazia in America*. Segno questo che Sombart non aveva letto il capolavoro di Tocqueville: se l'avesse letto il contenuto del suo saggio sarebbe stato probabilmente diverso e sicuramente non appesantito da teorie ideologicamente ancorate a convinzioni del tutto estranee alla mentalità degli americani. Non oso pensare che Sombart abbia letto Tocqueville e non l'abbia capito o, peggio ancora, non l'abbia apprezzato. Essendo tedesco, certamente conosceva la celebre poesia di *Goethe* dedicata nel 1818 agli Stati Uniti d'America, nella quale si accenna all'eccezionalità dell'esperienza americana: la sola nazione al mondo senza un passato feudale come Tocqueville ha più volte ricordato.

Del tutto diversa è stata, al contrario, come è noto, la posizione della popolazione italiana, dal punto di vista politico, nei confronti dello Stato unitario a partire dalla sua costituzione nel 1861¹⁰³.

La Chiesa e il suo Pontefice, Pio IX, si sono dichiarati da subito nemici dello Stato italiano che era visto come usurpatore dello Stato della Chiesa, il cui potere temporale sarebbe stato in seguito soppresso.

Ciò ha comportato un drastico rifiuto delle autorità ecclesiastiche di collaborare con gli organi dello Stato italiano, con conseguenze negative per quest'ultimo di notevole impatto¹⁰⁴.

Professando, la popolazione italiana, nella sua quasi totalità, la religione cattolica che, a norma dello Statuto, era la sola religione dello Stato ed operando la Chiesa su tutto il territorio dello Stato, in quanto presente, con le parrocchie, in tutti i comuni italiani, si comprendono immediatamente gli ostacoli e i problemi che sono stati causati, all'ordinato svolgimento dell'attività politica in Italia, dal rifiuto delle Autorità ecclesiastiche di collaborare con gli organi dello Stato italiano.

Non solo la Chiesa aveva proclamato il rifiuto a collaborare con lo Stato italiano, ma insieme all'enciclica *Quanta cura* del 1864, Pio IX aveva pubblicato anche un *Sillabo*¹⁰⁵ che condannava i principi fondamentali del liberalismo.

In particolare, il *Sillabo* affermava (settantanovesima proposizione) che la libertà di discussione era una forma di corruzione dell'anima e condannava in blocco la tolleranza religiosa nonché le libertà di coscienza e di stampa, precisando che la Chiesa non sarebbe mai arrivata a compromessi con il progresso, con il liberalismo e con la civiltà moderna.

Le reazioni socio-politiche al *Sillabo*, registrate in Italia, sono state molto dure ed anche indignate.

Come reazione istituzionale, lo Stato italiano adottò una legge nel 1866 che stabilì la soppressione di oltre venticinquemila enti ecclesiastici con la confisca dei loro beni, ad integrazione di una precedente legge che ne aveva già soppressi circa tredicimila.

¹⁰³ Cfr. S. CASSESE, *Governare gli italiani (Storia dello Stato)*, cit. supra, nota 66, p. 25 che cita, a chiarimento della posizione della popolazione italiana, l'opinione di P. Gobetti e di A. Gramsci. Secondo P. Gobetti, lo Stato italiano era uno Stato in cui il popolo non credeva perché non l'aveva creato «con il suo sangue». Secondo A. Gramsci le grandi masse restarono estranee all'unificazione del Paese.

¹⁰⁴ Cfr. A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, Einaudi, 1975, passim.

¹⁰⁵ Sul *Sillabo* v. G. SPADOLINI, *Cattolicesimo e risorgimento: (Con la "storia del Sillabo")*, Firenze, Le Monnier, 1986; E. ROSSI, (a cura di G. ARMANI), *Il sillabo e dopo*, Milano, Kaos, 2000.

Come ben si comprende, non era certo agevole per gli organi dello Stato svolgere attività politica in Italia in un clima di ostilità così aperta e decisa, che li portava a sostenere continui conflitti con la Chiesa cattolica dalla quale la quasi totalità dei cittadini italiani dipendeva in materia religiosa.

Per di più, con il «*non expedit*»¹⁰⁶ che risale al 1874 (dopo la presa di Roma), Pio IX aveva esortato tutti gli italiani, che avevano il diritto di voto, a non partecipare alle elezioni politiche né come elettori né come eletti (senza porre limiti, quindi, per le elezioni amministrative) e a non svolgere, sostanzialmente, alcuna attività politica in Italia.

Per quanto la percentuale degli italiani, aventi diritto al voto, fosse all'epoca estremamente esigua, come abbiamo in precedenza ricordato, è certo che il mantenimento del «*non expedit*» per quasi cinquant'anni, fino al 1919, ha contribuito ad attenuare di molto il loro interesse per l'attività pubblica e per la stessa vita politica del Paese. E ciò, in primo luogo, perché è stata impedita, per un lungo periodo, la costituzione di un partito dei cattolici, che avrebbe consentito a molti cittadini italiani di familiarizzarsi con i problemi della politica e della democrazia; in secondo luogo, perché sono stati praticamente interrotti, per molto tempo, i rapporti ufficiali tra le autorità ecclesiastiche e quelle dello Stato italiano, con danni evidenti per entrambe le parti.

In effetti, per molti anni i rapporti tra la Chiesa e lo Stato italiano sono stati in permanenza caratterizzati da dissidi, ritorsioni e recriminazioni, che hanno, alla fine, sicuramente pregiudicato gli interessi, il prestigio e la stessa immagine di entrambe le istituzioni.

A questi gravi ostacoli frapposti dalla Chiesa che, avendo lungamente impedito un normale dialogo tra i cattolici italiani e lo Stato, hanno pregiudicato il normale funzionamento e il graduale sviluppo della democrazia in Italia, occorre aggiungere quelli procurati dalla intransigente opposizione di determinati raggruppamenti politici, alcuni dei quali già presenti nel Parlamento fin dalla creazione dello Stato, che rappresentavano la parte maggioritaria della popolazione italiana, la quale si era da sempre manifestata del tutto indifferente, se non ostile, allo Stato unitario¹⁰⁷.

Il primo di questi raggruppamenti era formato dai *radicali*, ai quali appartenevano esponenti di indirizzo politico sicuramente democratico ma che erano molto critici nei riguardi dello Stato unitario. L'altro raggrup-

¹⁰⁶ Sul «*non expedit*» («non conviene»), v. G. DE ROSA, *Storia del movimento cattolico in Italia*, Bari, Laterza, 1966, *passim*; C. MARONGIU BUONAIUTI, *Non expedit: storia di una politica (1866-1919)*, Milano, Giuffrè, 1971.

¹⁰⁷ Cfr. E. GENTILE, *La grande Italia*, *cit. supra*, nota 41, pp. 78-83.

pamento era costituito dalla *sinistra estrema*, alla quale appartenevano esponenti di diversa estrazione: federalisti, garibaldini, repubblicani di ispirazione mazziniana e membri di gruppi ristretti seguaci di personalità note per lo più in ambito regionale. Si trattava di raggruppamenti che, per le ragioni più diverse, si opponevano allo Stato monarchico.

L'opposizione di questi raggruppamenti, come è noto, è stata agevolmente contrastata e neutralizzata, nel corso del tempo, dai gruppi liberal-democratici che detenevano il potere, fossero essi appartenenti alla *destra* o al *centro*, oppure alla *sinistra* dello schieramento maggioritario.

Parliamo, ovviamente, di gruppi politici e non di partiti perché non esistevano, a quel tempo, in Italia, partiti organizzati secondo criteri moderni, bensì clientele legate a personalità di rilievo che sfruttavano le conoscenze personali per sostenere i propri programmi politici. Questo spiega perché l'indirizzo politico proposto dalla *destra*, quando essa era al potere, riusciva ad ottenere il sostegno di esponenti del *centro* e della *sinistra*. Analogamente, quando era la *sinistra* al potere, essa cercava ed otteneva l'appoggio di esponenti del *centro* e della *destra*. Lo stesso avveniva quando era il *centro* a detenere il potere.

Con il nome «*trasformismo*»¹⁰⁸ è stata fornita la definizione della pratica appena descritta, che in verità era stata applicata fin dagli inizi dallo stesso *Cavour* e che in seguito ha trovato i suoi massimi cultori in *Agostino Depretis*, il più celebre esponente della *Sinistra* e in *Giovanni Giolitti*, il più celebre esponente del *centro*.

A ben vedere, questo regolare scambio di appoggi politici, tra la *destra*, il *centro* e la *sinistra*, costituiva una coordinata forma di difesa posta in essere dai gruppi liberal-democratici all'interno del Parlamento per contrastare gli attacchi dei gruppi di opposizione che contestavano lo Stato.

Una tale strategia era possibile e garantiva buoni risultati perché i parlamentari liberal-democratici della *destra*, del *centro* e della *sinistra* venivano eletti, come sappiamo, in base ad un sistema elettorale che favoriva, di regola, i singoli candidati individualmente designati per un determinato collegio elettorale.

Come abbiamo in precedenza ricordato, con una percentuale di elettori, aventi diritto al voto che, per lungo tempo, non ha superato il 2% della popolazione effettiva, raggiungendo il 7% nel 1900, e con un sistema elettorale che era basato sul collegio uninominale, risultava facile ai detentori del potere intervenire, con stringenti direttive, sui prefetti e sulle autorità

¹⁰⁸ Sul *trasformismo*, v. S. ROGARI, *Alle origini del trasformismo: partiti e sistema politico nell'Italia liberale 1861-1914*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

locali, per condizionare le votazioni in modo da favorire l'elezione dei candidati "amici".

Questa pratica ha trovato sistematica applicazione in ogni tornata elettorale, comprese quelle svoltesi nel primo decennio del 1900, senza incontrare eccessive difficoltà ed ha consentito ai gruppi liberal-democratici che detenevano il potere, specie al gruppo dei liberali di centro, guidato da *Giolitti*, di ottenere sempre una consistente e solida maggioranza di deputati fedeli alle direttive del capo.

La situazione minacciava però di mutare radicalmente, ai danni dello stesso gruppo dominante, quando *Giolitti* decise di introdurre, nel 1913, per la prima volta in Italia, il suffragio universale che avrebbe aumentato notevolmente il numero degli elettori.

A causa di tale aumento, per i motivi in precedenza ricordati, sarebbe stato molto più difficile alle autorità governative interferire, in generale, sullo svolgimento delle elezioni e, in modo specifico, sulle operazioni di voto presso i singoli collegi elettorali.

Questa prospettiva appariva senz'altro preoccupante per il gruppo liberale al potere, perché negli anni tra la fine del 1800 e il primo decennio del 1900, si era formato un movimento politico, in seguito costituito in partito, che avrebbe potuto ottenere notevoli vantaggi dall'introduzione del suffragio universale.

Si trattava del partito socialista pronto ad esercitare il ruolo di partito di massa nella vita politica italiana.

Per anni, l'influenza del partito socialista, come pure la sua presa sull'opinione pubblica italiana, sono state limitate soprattutto per l'incapacità dei suoi quadri dirigenti di far prevalere, all'interno del partito, un indirizzo politico omogeneo.

I quadri dirigenti e i membri del partito erano, infatti, noti per la loro litigiosità e la loro faziosità, dovute alla stupefacente diversità delle correnti ideologiche che gli esponenti del partito seguivano. All'interno dello stesso partito, ad esempio, si sono trovati a convivere: democratici moderati, riformisti, sindacalisti, anarchici, estremisti e rivoluzionari.

L'impossibilità di far convivere posizioni ideologiche così lontane e contrastanti è stata la causa delle ripetute scissioni che si sono regolarmente verificate, nel corso degli anni, ad ogni congresso di partito¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Sul Partito socialista italiano v. G. MANACORDA, *Il socialismo nella storia d'Italia*, Bari, Laterza, 1966. Di seguito riportiamo le date dei Congressi del Partito socialista: 1892, Genova; 1893, Reggio Emilia; 1900, Roma; 1902, Imola; 1904, Bologna; 1906, Roma; 1910, Milano; 1911, Modena; 1912, Reggio Emilia; 1914, Ancona; 1919, Bologna; 1921, Livorno; 1921, Milano; 1922, Roma. Per quanto riguarda le scissioni: nel 1892 al Congresso di Genova

Ma, se anche dopo ogni scissione, il partito socialista appariva meno lacerato e più omogeneo, i suoi quadri dirigenti, compresi quelli formati dagli esponenti più moderati, nel timore di subire le critiche dei dissidenti che li accusavano di connivenza con lo Stato borghese, hanno sempre evitato di sostenere, in modo fermo e deciso, lo Stato italiano, contribuendo così, con i propri errori, come abbiamo più sopra ricordato, ad aprire gradatamente la strada alla dittatura.

Oltre a quello socialista, un altro movimento, che nel corso del primo decennio del 1900 si stava preparando ad entrare nella vita politica italiana, avrebbe potuto ottenere grandi vantaggi dall'introduzione del suffragio universale.

Era il movimento dei cattolici¹¹⁰ che, seppur tenuto a freno dalla Chiesa tramite il «*non expedit*», premeva sulle autorità ecclesiastiche per ottenere l'autorizzazione ad operare come forza politica.

Come è noto, tale autorizzazione è stata concessa da *Papa Benedetto XV* soltanto nel 1919 che ha permesso a *don Luigi Sturzo* di costituire, nello stesso anno, il Partito popolare italiano¹¹¹.

Tornando ora alla decisione di *Giolitti* del 1911 di introdurre il suffragio universale per le elezioni che si sarebbero svolte nel 1913, è certo che lo stesso *Giolitti* era consapevole del rischio che si assumeva offrendo alle due nuove forze politiche la possibilità di avvantaggiarsi in Parlamento, a scapito della maggioranza al potere da lui guidata.

Sicuramente, da consumato uomo politico in grado di manovrare senza scrupoli la macchina dello Stato, *Giolitti* ha ritenuto di poter affrontare questo rischio accentuando al massimo grado, tramite l'intervento dei prefetti e delle autorità locali, le pressioni sugli elettori che avevano in passato sempre favorito l'elezione di candidati "amici", come sopra abbiamo segnalato.

In effetti, alle elezioni del 1913, ricorrendo a questi metodi, chiaramente illegali, *Giolitti* è riuscito ad ottenere lo scopo perseguito.

Da un lato, egli ha infatti consentito un più ampio accesso al Parlamento ai rappresentanti dei socialisti, aprendolo anche ai rappresentanti

avviene la scissione degli *anarchici*; nel 1906 a Roma quella dei *sindacalisti*; nel 1912 a Reggio Emilia, quella dei *riformisti*; nel 1921 a Livorno quella dei *comunisti*. Senza contare le scissioni riguardanti numerosi altri piccoli gruppi di socialisti.

¹¹⁰ Sul movimento dei Cattolici v. G. DE ROSA, *Storia del movimento cattolico in Italia*, cit. supra, nota 106; nonché G. SPADOLINI, *Giolitti e i cattolici (1901-1914)*, Firenze, Le Monnier, 1970.

¹¹¹ Su Luigi Sturzo v. G. DE ROSA, *Luigi Sturzo*, Torino, Utet, 1977.

dei cattolici, così da rendere possibile il coinvolgimento di entrambi nella vita politica italiana.

Dall'altro lato, avvalendosi dei metodi di intervento sopra indicati, Giolitti è riuscito a contenere il numero dei deputati socialisti e quello dei cattolici, evitando di alterare eccessivamente i precedenti rapporti di forza, esistenti all'interno della Camera dei deputati, che gli avevano sempre garantito il controllo della maggioranza parlamentare.

I risultati delle elezioni del 1913 avrebbero quindi dovuto consentire a Giolitti di avviare in Italia un vero processo democratico, attraverso un effettivo coinvolgimento, nella vita politica italiana, dei deputati socialisti e di quelli cattolici, rappresentanti di quella parte maggioritaria della popolazione che fino ad allora ne era rimasta esclusa.

Purtroppo, come sappiamo, l'avvio di questo processo è stato subito frenato, nel 1914, dallo scoppio della prima guerra mondiale e definitivamente interrotto, nel 1915, dall'entrata in guerra dell'Italia.

In effetti, nonostante il mantenimento di una maggioranza parlamentare solida e a lui fedele e nonostante il fatto che tanto i cattolici quanto i socialisti fossero contrari all'entrata in guerra dell'Italia, come pure era contraria la maggioranza della popolazione italiana, Giolitti, anche a causa dei propri errori, come abbiamo ricordato, non è stato in grado di scongiurare l'entrata in guerra dell'Italia, una decisione che egli stesso considerava fatale e rovinosa per il nostro Paese, come la storia ha successivamente confermato¹¹².

Di conseguenza, essendo venute meno le condizioni favorevoli per l'esercizio di una normale e razionale gestione del potere sotto il profilo socio-economico-politico, sono anche venute meno le condizioni per procedere in modo efficace a sviluppare il processo democratico sopra menzionato.

Per concludere, pertanto, il potenziamento del processo democratico che avrebbe dovuto prendere avvio in Italia nel 1913, anno dell'introduzione del suffragio universale, non ha quasi neppure avuto modo di cominciare, sia per i motivi dipendenti dai fattori esterni appena segnalati, sia per i gravi errori in precedenza ricordati.

¹¹² Cfr. P. SYLOS LABINI, *Un Paese a civiltà limitata* (intervista su etica, politica ed economia, a cura di ROBERTO PETRINI), Roma-Bari, Editore Laterza, 2001, p. 135: «*Le vicende che portarono alla nostra partecipazione al grande conflitto [prima guerra mondiale] non sono altro che la cartina di tornasole di un ulteriore deficit di democrazia. Nel maggio del 1915 la stragrande maggioranza della popolazione non voleva la guerra, non la volevano neppure Giolitti, né i socialisti, né i popolari [cattolici]*».

5. VALUTAZIONI DI SINTESI

Appare ora opportuno procedere ad una valutazione di sintesi per cercare di fornire un quadro riassuntivo dell'impatto che il sistema democratico ha esercitato sulla realtà italiana con riferimento al periodo da noi preso in considerazione, iniziato, come più volte ricordato, nell'anno 1913. L'analisi, che di tale impatto è stata in precedenza effettuata, in modo separato, sotto i profili sociale, culturale, economico e politico, ha posto in luce le carenze e i difetti che caratterizzavano la situazione italiana, ad oltre cinquant'anni dalla costituzione dello Stato unitario, con riferimento a ciascuno dei profili appena indicati.

L'analisi ha in effetti consentito di mettere in evidenza, in modo severo ma oggettivo, la gravità delle carenze individuate e dei difetti riscontrati.

Il sistematico confronto con la realtà americana che, sotto ciascuno dei profili sopra ricordati, appariva, nello straordinario racconto di Tocqueville, come il genuino prodotto di un sistema democratico applicato senza remore né condizionamenti, ha consentito di comprendere appieno le particolarità della situazione italiana e la complessità dei problemi da risolvere.

È stato quindi possibile, da un lato, capire la reale consistenza delle difficoltà incontrate dai gruppi liberal-democratici detentori del potere durante i cinquant'anni successivi alla costituzione dello Stato unitario, nonché, dall'altro lato, gli ostacoli che hanno impedito agli stessi gruppi di procedere allo sviluppo di un vero processo democratico a partire dalle elezioni del 1913.

Possiamo quindi chiederci, a questo punto, quali sviluppi avrebbe potuto subire il processo democratico in Italia e quali risultati avrebbe potuto realizzare, se fosse stato possibile prostrarne la durata per un congruo numero di anni, fissandone l'inizio, ad esempio, nel 1892, in occasione della prima nomina di Giolitti a capo del governo.

Volendo ipotizzare che le elezioni svoltesi in quell'anno (1892) avessero reso possibile una maggioranza parlamentare e una composizione del Parlamento analoghe a quelle ottenute da Giolitti nel 1913, si sarebbe potuto realizzare, in concomitanza con lo sviluppo economico in atto in quegli anni, un graduale inserimento dei socialisti e dei cattolici nella vita politica italiana che avrebbe probabilmente consentito di conseguire validi risultati, sotto i quattro profili in precedenza menzionati.

In effetti, sotto il profilo sociale, la partecipazione dei cattolici e dei socialisti alla vita politica già nell'ultimo decennio del 1800, avrebbe potuto stimolare l'avvio di iniziative concrete per potenziare la frequenza scolastica dei bambini ed elevare il livello di istruzione della popolazione.

Ugualmente i socialisti ed i cattolici avrebbero potuto sensibilizzare il Parlamento sulla necessità di migliorare le condizioni di vita (comprese quelle sanitarie) delle numerose famiglie indigenti, nonché le condizioni di lavoro dei lavoratori (specie delle donne e dei bambini), condizioni ritenute veramente deprecabili.

Sotto il profilo culturale, la partecipazione dei cattolici e dei socialisti all'attività politica e alla vita politica avrebbe potuto ridimensionare, contrastandoli, quei movimenti culturali chiaramente gestiti in modo provocatorio che avevano alimentato il nazionalismo e l'estremismo, nonché, da ultimo, il militarismo, come abbiamo in precedenza ricordato.

In modo analogo, sotto il profilo economico, i socialisti ed i cattolici avrebbero potuto contribuire a rendere meno aspre e cruente le contese tra i datori di lavoro e i lavoratori agendo sulle organizzazioni sindacali dei lavoratori che in quel periodo si stavano costituendo.

A questo proposito appaiono illuminanti e veramente straordinarie, a conferma di quanto appena affermato, le testimonianze e le conclusioni che si desumono dal passo di Luigi Einaudi di seguito riportato¹¹³. «*Ho descritto nei primi saggi di questo volume [Le lotte del lavoro, Editore Gobetti, Torino] gli sforzi che nel 1897 e nel 1900 compievano alcuni gruppi di operai italiani. A distanza di tempo, riandando coi ricordi a quegli anni giovanili, quando assistevo alle adunanze operaie sui terrazzi di Via Milano in Genova, o discorrevo alla sera in umili osterie dei villaggi biellesi con operai tessitori, mi esalto e mi commuovo. Quelli furono gli anni eroici del movimento operaio italiano. Chi vide, raccapricciando, nel 1919 e nel 1920, le folle briache di saccheggio e di sangue per le vie delle grandi città italiane, non riconobbe i figli di quegli uomini, che dal 1890 al 1900 nascevano alla vita collettiva, comprendevano la propria dignità di uomini ed erano convinti di dover rendersi degni dell'alta meta umana a cui aspiravano. Lo spirito satanico della dominazione, inoculato dai politici tratti dalla feccia borghese, li travolse e li trasse a rovina*».

Come si può comprendere, all'origine di quel cambiamento "satanico" vi sono le conseguenze causate dalla partecipazione dell'Italia alla prima guerra mondiale. Da una constatazione di prima mano proveniente da un autore eccezionale come Luigi Einaudi, si ricava pertanto la conferma che se i socialisti ed i cattolici fossero stati effettivamente coinvolti nel processo democratico, grazie al suffragio universale, alla fine del 1800, quando si stavano formando i primi raggruppamenti sindacali (la Confederazione generale del lavoro sarebbe nata nel 1908), con ogni probabilità sarebbe

¹¹³ Cfr. L. EINAUDI, *La bellezza della lotta*, in *La rivoluzione liberale*, 1923, n. 40, p. 161.

stato possibile evitare gli errori che hanno condotto i politici a partecipare alla guerra e, in seguito, gli orrori descritti dallo stesso Einaudi.

Per finire, una significativa partecipazione dei socialisti e dei cattolici alla vita politica e all'attività parlamentare, già alla fine del 1800 e nel primo decennio del 1900, avrebbe effettivamente potuto condurre gli esponenti dei relativi movimenti (partiti) a collaborare gradatamente con lo Stato unitario nel rispetto delle regole democratiche e con l'intento di tutelare gli interessi della popolazione italiana, specie della parte di essa meno fortunata, che ne rappresentava la grande maggioranza.

Si capisce che l'ipotesi appena formulata non può essere sottoposta ad alcuna verifica, perché la storia, ovviamente, non si ricostruisce con le ipotesi. Ciononostante questa ipotesi conserva un suo interesse, quantomeno di carattere culturale, perché consente di riflettere a mente fredda sui risultati che si sarebbero potuti realizzare nel corso degli anni, grazie al processo democratico sopra menzionato, se la partecipazione alla vita politica e parlamentare dei socialisti e dei cattolici avesse avuto luogo fin dal 1892.

In caso di esito positivo, l'Italia avrebbe potuto evitare due guerre mondiali e due guerre civili, risparmiandosi anche venti anni di dittatura.

L'ipotesi sopra formulata porta quindi a confermare la conclusione, in precedenza più volte espressa, secondo cui è stata la partecipazione alla guerra nel 1915 che ha interrotto lo sviluppo del processo democratico in Italia, preparando la strada alla dittatura.

IV. Il rispetto dell'etica e della legalità, in politica e in economia nella realtà italiana dalla fine del primo decennio del 1900 al 1922

1. PREMessa - LA SITUAZIONE IN AMERICA

Per valutare il rispetto dell'etica e della legalità in politica e in economia nella realtà americana, relativamente al periodo preso in esame da *Tocqueville* nel suo capolavoro *La democrazia in America*, abbiamo essenzialmente fatto riferimento, nella seconda parte del presente lavoro, al comportamento dei cittadini americani (governati) così come descritto e commentato nell'opera citata.

Le analisi di Tocqueville, come sappiamo, riguardavano la realtà americana degli anni 1831-1832: si riferivano, quindi, alle esperienze maturate in un periodo che abbraccia poco più di quarant'anni di storia degli Stati Uniti d'America.

Il comportamento degli americani studiato da Tocqueville era pertanto quello caratterizzato dalla dottrina dell'interesse ben inteso, resa possibile

dal sistema democratico, che, come abbiamo ampiamente riferito, era arrivata a regolare i rapporti tra i cittadini governati sotto i più diversi profili, nonché quelli tra gli stessi cittadini e le autorità.

Con riferimento, quindi, a tale periodo e in considerazione del contesto nel quale il comportamento degli americani era stato analizzato, possiamo concludere, con Tocqueville, che nella società americana sussisteva un effettivo rispetto dell'etica e della legalità in ogni settore interessato dalla politica e dall'economia, nel senso in precedenza precisato.

Come abbiamo, però, ugualmente riferito, la straordinaria capacità di intuizione di Tocqueville gli aveva consentito di prevedere anche le difficoltà che sarebbero sorte: da un lato, i gravi problemi che il mantenimento, legalmente riconosciuto, della schiavitù avrebbe creato nel corso degli anni, dall'altro lato, gli inquietanti effetti che uno sviluppo eccessivo dell'economia avrebbe potuto produrre, in futuro, negli Stati Uniti d'America.

Entrambe le previsioni di Tocqueville si sono avverate con impressionante precisione. Da un lato, la guerra di Secessione scoppiata nel 1861, fra gli Stati favorevoli e quelli contrari al mantenimento della schiavitù, ha sconvolto gli Stati Uniti d'America incidendo profondamente anche sul carattere degli americani¹¹⁴.

Dall'altro lato, l'impetuoso e non regolamentato sviluppo economico, verificatosi dopo la fine della guerra di secessione (1865), ha portato alle colossali concentrazioni industriali nei più importanti settori dell'economia, che hanno determinato le gravissime conseguenze descritte e commentate nella seconda parte del presente lavoro¹¹⁵.

Con riferimento, pertanto, al ventennio che abbraccia la fine del 1800 e l'inizio del 1900, la valutazione del rispetto dell'etica e della legalità ha preso in considerazione non soltanto il comportamento dei «cittadini governati» ma anche quello dei «*cittadini governanti*».

Come abbiamo avuto modo di chiarire, il venir meno del rispetto dell'etica e della legalità in politica ed in economia è stato causato, nella realtà americana di quel periodo, dall'enorme concentrazione del potere economico e finanziario nelle mani di poche famiglie che, attraverso un suo sfruttamento accorto, hanno saputo impadronirsi anche del potere politico facendo ricorso alla corruzione. Ovviamente questo processo, come abbiamo pure riferito, ha coinvolto, in una spirale perversa, tutti coloro che, a

¹¹⁴ Cfr. il paragrafo «*I rimedi alle disfunzioni del sistema democratico*», p. 304 ss. della Seconda Parte.

¹¹⁵ Cfr. il capitolo «*Le conseguenze dell'intreccio tra economia e politica*», p. 302 ss. della Seconda Parte.

motivo dell'attività pubblica svolta, potevano favorire i detentori del potere economico nella loro scalata al potere politico. Un obiettivo del genere poteva essere in effetti conseguito, con il ricorso alla corruzione, molto più rapidamente negli Stati Uniti che altrove, perché in tale Paese, come è noto, non solo i legislatori vengono eletti, ma anche le persone destinate a rivestire cariche pubbliche, comprese quelle della magistratura, vengono scelte mediante il sistema elettivo.

La conseguenza è stata, come abbiamo in precedenza ricordato, una diffusione devastante della corruzione in tutti i settori della vita pubblica connessi all'attività politica ed amministrativa che ha messo in crisi lo stesso sistema democratico americano.

Le ragioni fondamentali all'origine di tale crisi, come abbiamo sopra riferito, erano, da un lato, la mancanza di una normativa vincolante in grado di regolare e disciplinare, in modo rigoroso, lo sviluppo industriale e commerciale dell'attività economica, nonché, dall'altro lato, l'assenza di un adeguato sistema amministrativo di controlli in grado di imporre obbligatoriamente, con severe sanzioni in caso di violazioni, l'osservanza della normativa predetta.

Come abbiamo pure riferito, la normativa appena menzionata è stata adottata alla fine del 1800 e il sistema dei controlli ha trovato applicazione negli anni immediatamente successivi.

È stato quindi provvidenziale l'impegno di personalità decise a combattere una vera e propria battaglia di civiltà avviando le azioni, a quel tempo difficilissime e quasi rivoluzionarie, viste le forze contro le quali si doveva lottare, destinate a ribaltare completamente la situazione¹¹⁶.

Abbiamo riportato, nella seconda parte del presente lavoro, le testimonianze di storici qualificati che hanno elogiato le personalità americane il cui contributo è stato determinante e decisivo per il successo dell'impresa, suddivise nelle categorie di appartenenza: politici, scienziati, filosofi, giuristi, sociologi, scrittori, artisti e giornalisti.

Queste personalità sono state definite, come sappiamo, «eroi riformatori», senza i quali nessun'azione decisiva sarebbe stata avviata e nessun'impresa sarebbe stata portata a compimento e al successo¹¹⁷.

Gli «eroi riformatori» americani hanno però avuto successo perché hanno potuto operare in un tessuto sociale nel quale la maggioranza dei cittadini svolgeva la propria attività in un contesto politico normale e privo di conflitti aperti e di scontri cruenti.

¹¹⁶ Cfr. il paragrafo «I rimedi», p. 304 ss. della Seconda Parte.

¹¹⁷ Cfr. il paragrafo «I rimedi», p. 304 ss. della Seconda Parte.

Essi hanno dovuto convincere il popolo americano, ciascuno con le proprie capacità, che bisognava combattere per cambiare le regole e per contrastare la dilagante corruzione se si voleva salvare il sistema democratico.

La battaglia di civiltà, condotta durante diversi anni per reintrodurre il rispetto dell'etica e della legalità, alla fine ha avuto esito positivo, consentendo agli Stati Uniti d'America di riprendere la propria strada che ha portato alle grandi realizzazioni ricordate nella seconda parte del presente lavoro.

Lo scenario appena descritto si riferisce a un periodo che comprende gli ultimi anni del 1800 e i primi diciotto del 1900¹¹⁸.

È all'incirca lo stesso periodo preso in considerazione nei precedenti paragrafi nei quali abbiamo descritto e commentato la situazione italiana sotto il profilo sociale, culturale, economico e politico. Vedremo, quindi, in prosieguo, in che modo sia stata condotta in Italia la battaglia di civiltà per assicurare il rispetto dell'etica e della legalità e, soprattutto, per salvare la democrazia.

2. LA SITUAZIONE IN ITALIA

Nell'esaminare la realtà degli Stati Uniti nella seconda parte del presente lavoro, abbiamo dedicato una giusta attenzione al comportamento dei «*cittadini governati*» che il sistema democratico, ormai collaudato, aveva trasformato in veri e propri protagonisti della vita americana sotto i profili sociale, culturale, economico e politico.

Al contrario, nella realtà italiana riferita al periodo da noi considerato, come abbiamo indicato nei precedenti paragrafi, l'impatto della democrazia è stato esiguo: infatti i «*cittadini governati*», vale a dire la generalità dei cittadini, non esercitavano in Italia alcuna influenza sotto il profilo politico, ne esercitavano una limitatissima sotto il profilo sociale ed una di rilevanza contenuta sotto i profili culturale ed economico.

Sotto il profilo politico, l'assoluta irrilevanza del ruolo svolto dai «*cittadini governati*» è dimostrata dal fatto che in Italia solo con le elezioni del 1913, come sappiamo, è stato introdotto il suffragio universale, mentre, negli anni precedenti, fino al 1882 soltanto il 2% della popolazione godeva del diritto di voto, che è stato elevato, in seguito, al 7% fino alle citate elezioni del 1913.

Ne è conseguita una quasi assoluta mancanza di partecipazione alla vita pubblica e all'attività politica da parte di movimenti strutturati, in grado

¹¹⁸ È il periodo al quale si riferiscono gli storici americani citati alla nota 95 della Seconda Parte.

di coinvolgere, in modo organizzato, la stragrande maggioranza della popolazione italiana sensibile a direttive e a idee diverse da quelle liberali.

Purtroppo, come abbiamo riferito, dopo il suffragio universale del 1913 che ha reso possibile il coinvolgimento di una parte della popolazione italiana nella vita politica, gli effetti benefici di tale coinvolgimento si sono subito esauriti a causa dello scoppio della prima guerra mondiale nel 1914 e della decisione dell'Italia di partecipare alla guerra nel 1915.

Effettuare pertanto una valutazione del rispetto dell'etica e della legalità in politica e in economia da parte dei «*cittadini governati*», vale a dire da parte di una popolazione che, in grande maggioranza, non svolgeva alcun ruolo sotto il profilo politico ed uno di limitata rilevanza sotto quello economico, appare un esercizio puramente accademico.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento alla realtà italiana sotto i profili sociale e culturale. Il diffuso analfabetismo che, come abbiamo ricordato, ancora nel 1911 interessava il 50% della popolazione italiana ed era spesso all'origine delle deprecabili condizioni di vita e di lavoro dei cittadini, induceva gran parte di essi ad assumere posizioni ostili nei confronti dello Stato e della società in generale, creando condizioni non certo favorevoli al rispetto dell'etica e della legalità.

Ovviamente, le considerazioni sul rispetto dell'etica e della legalità con riferimento ai *cittadini governati* riguardano il comportamento collettivo dei cittadini, e non quello intimamente connesso alla morale individuale di ciascuno di essi, nel senso in precedenza chiarito.

Di contro, la valutazione del rispetto dell'etica e della legalità in politica e in economia, da parte dei «*cittadini governanti*», porta a sconsolate considerazioni.

Basta infatti pensare alle tecniche e alle modalità pubblicamente praticate con cui venivano manipolate le elezioni politiche con l'intervento dei prefetti e delle autorità locali, organi ufficiali dello Stato, per renderse-ne conto.

È da ritenere, pertanto, che il rispetto dell'etica e della legalità in politica e in economia aveva ben poca rilevanza per chi gestiva il potere nel periodo considerato e sia stata per lungo tempo l'ultima delle preoccupazioni dei gruppi politici che governavano l'Italia.

Per alcuni «*cittadini governanti*», però, quando agivano al di fuori dell'esercizio dell'attività politica, potevano valere regole di comportamento del tutto diverse.

Giolitti, in particolare, che, come è noto, era stato definito da Gaetano Salvemini, il *Ministro della malavita* (principalmente perché responsabile

delle manipolazioni elettorali sopra menzionate), conduceva una vita privata morigerata, rigorosa e irreprensibile.

Giolitti è stato sarcasticamente accusato di assumere la veste e il ruolo di dittatore durante un solo giorno ogni quattro anni: quello delle elezioni.

Una volta raggiunto lo scopo perseguito tramite la manipolazione delle elezioni, che era quello di acquisire una maggioranza stabile in Parlamento, Giolitti si comportava in seguito da governante capace e di buon senso durante l'intera legislatura.

Era, in effetti, un uomo di buon senso, soprattutto competente in materia di bilanci, ma di poche letture e di scarsa cultura¹¹⁹.

Erano note la sua avversione e la sua diffidenza per i grandi disegni politici e i grandi progetti. La sua ambizione non aveva la pretesa di indicare al popolo la strada da percorrere, ma l'intenzione di seguirlo nel suo cammino.

È famosa la sua metafora riferita al sarto che deve tagliare il vestito per un cliente gobbo. Se il cliente ha la gobba, il sarto deve tagliare il vestito in modo da tenerne conto, diversamente il vestito non riesce bene.

Conoscendo quindi i vistosi difetti del popolo italiano, Giolitti cercava di tenerne conto nel "tagliare" la sua politica per adattarla alle esigenze del popolo.

Questo, però, poteva anche essere un tentativo di difesa contro gli avversari che lo accusavano di mancanza di visione politica.

In verità, Giolitti aveva da tempo intuito che i difetti del sistema italiano potevano essere curati soltanto mediante un effettivo ampliamento della base democratica da attuarsi con il ricorso ad elezioni a suffragio universale.

Con le elezioni del 1913 *Giolitti* è quindi riuscito a dare attuazione al suo progetto, ma gli obiettivi perseguiti non sono stati raggiunti per i motivi in precedenza più volte ricordati.

Le osservazioni appena effettuate sulla dissociazione di comportamento riferita a *Giovanni Giolitti*, relativamente al rispetto dell'etica e della legalità in politica ed in economia, possono essere senza difficoltà estese anche ad altri uomini politici e, segnatamente, ad *Agostino Depretis*, il campione del «trasformismo»¹²⁰.

¹¹⁹ Su Giovanni Giolitti v. G. SPADOLINI, *Il mondo di Giolitti*, cit. supra, nota 62; N. VALERI, *Giovanni Giolitti*, Torino, Utet, 1971. Giolitti considerava il "buon senso" come vero "metro" per misurare la capacità di un uomo politico. È noto che nel 1920, quando decise di affidare a *Benedetto Croce* il Ministero dell'Istruzione, nel suo ultimo governo, lo fece non per approfittare della sua notorietà e del prestigio del filosofo internazionalmente riconosciuto, ma perché lo riteneva un "uomo di buon senso".

¹²⁰ Su Agostino Depretis v. G. CAROCCI, *Agostino Depretis e la politica interna italiana dal 1876 al 1887*, Torino, Einaudi, 1956.

Anche Depretis come politico era un uomo di potere, ma sobrio e parsimonioso nella vita privata ed è morto povero.

Queste osservazioni portano a riflettere sulla tesi di Machiavelli, che abbiamo esaminato nella prima parte del presente lavoro, secondo cui occorre tenere distinta la «*virtù morale*» dalla «*virtù politica*»¹²¹.

Dalle considerazioni appena svolte, sembra potersi dedurre che ad indirizzare il comportamento dell'uomo politico di potere contribuiscano essenzialmente componenti psicologiche non agevoli da decifrare.

Ma di questa interessante tematica ci occuperemo nell'ultima parte del presente lavoro.

Dovendo concludere, su questo punto, prenderemo in esame il ruolo svolto da coloro che hanno tentato di mantenere la democrazia in Italia nel periodo cruciale qui esaminato.

Mentre, negli Stati Uniti d'America, come abbiamo visto, la battaglia di civiltà volta a combattere la corruzione e a salvare il sistema democratico, è stata condotta sotto la guida di due Presidenti (*Theodore Roosevelt e Woodrow Wilson*), che hanno saputo coinvolgere numerose personalità molto note nei campi di loro specifica competenza (politici, filosofi, sociologi, giuristi, scienziati, artisti, scrittori, giornalisti etc.), in Italia, nessun uomo politico importante, al di fuori di Giolitti, per quanto riguarda il governo, aveva un progetto per affrontare i problemi sorti dopo le elezioni del 1913.

Per di più, all'interno dei governi che si sono succeduti dopo il ritiro di Giolitti dal potere nel marzo del 1914, pochi avevano capito i rischi connessi all'entrata in guerra dell'Italia nel 1915. E la difficoltà di comprendere tali rischi doveva essere certamente elevata, a quel tempo, se una personalità attenta, preparata e rigorosa, come *Gaetano Salvemini*, si era dichiarata favorevole all'entrata in guerra dell'Italia. Una decisione, questa, veramente sorprendente, considerato proprio il livello di cultura politica e morale della maggior parte dei personaggi che sostenevano l'entrata in guerra dell'Italia.

Ancora più complessa e più grave, sotto tutti i profili, si è presentata la situazione negli anni del dopoguerra, quando nel governo occorreva la presenza di uomini coraggiosi e decisi a battersi per salvare la democrazia.

A differenza, purtroppo, di quanto era avvenuto in America, nessun uomo politico, salito al potere in quegli anni in Italia e, questa volta, nep-

¹²¹ Cfr. il paragrafo «*L'etica e la legalità nel mondo della politica*», pp. 7-8 della Prima Parte. Occorre tener presente, oltre alla distinzione di Machiavelli, indicata nel testo, anche quella tra *Etica della convinzione* e *Etica della responsabilità*, alla quale fa riferimento MAX WEBER nel suo celebre saggio *La politica come professione*, Armando Editore, Roma, 1997, p. 102 ss. Su tale tematica ritorneremo nell'ultima parte del nostro lavoro.

pure Giolitti, ha saputo coinvolgere forze adeguate e sufficienti per contrastare efficacemente gli attacchi che minacciavano la democrazia.

Occorre ammettere, a questo proposito, che la situazione in Italia era particolarmente difficile e che gli errori commessi da ogni parte, come abbiamo più volte ricordato, l'hanno aggravata a tal punto da rendere estremamente problematico il ricorso ad ogni ragionevole rimedio.

Una battaglia di civiltà per salvare la democrazia è stata successivamente in effetti combattuta, ma dagli oppositori del fascismo, quando ormai la dittatura si stava affermando ed era in procinto di consolidarsi.

Questi oppositori potrebbero quindi essere definiti gli «eroi riformatori» italiani e, per alcuni di essi, la definizione appare perfettamente calzante, trattandosi di personalità di grande integrità e dirittura morale che per condurre la loro battaglia di civiltà hanno sacrificato la vita, come il socialdemocratico *Giacomo Matteotti*¹²² e il liberale *Giovanni Amendola*¹²³, entrambi assassinati dai fascisti. Allo stesso livello devono essere considerate altre personalità di notevole valore come i fratelli *Carlo* e *Nello Rosselli* e *Piero Gobetti*.

Ma tra gli «eroi riformatori» possono essere ricomprese anche personalità di notevole rilievo che si sono opposte con ogni mezzo alla dittatura

¹²² Desideriamo riportare, di seguito, lo splendido ritratto che di *Giacomo Matteotti* ha tracciato *Piero Gobetti* (in P. GOBETTI, *Opere complete*, vol. I, Torino, Einaudi, 1960, p. 707: «*Giacomo Matteotti era uno spirito troppo aristocratico per avere la notorietà degli altri capi del socialismo. Alle facili questioni di metodo e di tendenza aveva preferito la dura preparazione nei problemi economici e finanziari. Anche col fascismo voleva fare questione di dati e di documenti. Non avrebbe mai potuto commuovere un pubblico popolare: la sua voce precisa e nervosa, un poco velata, pareva fatta per l'assemblea parlamentare, per le denunce specifiche, per le accuse inesorabili. Era uno dei due o tre spiriti superiori del Parlamento. Contro uomini come Matteotti, Amendola, Treves, il fascismo sente che non riuscirà più a venire a patti, che deve usare la violenza. Si vuol uniformare uomini e costumi, eliminare chi non si arrende alla semplice intimidazione*»). Una conferma della esattezza dei giudizi di *Piero Gobetti* è fornita dalla lettura degli *Scritti e discorsi* di *Giacomo Matteotti*, pubblicati dalla Fondazione G. Matteotti, Roma, 1974.

¹²³ Molto interessante è pure il ritratto che *Piero Gobetti* ha tracciato di *Giovanni Amendola* (P. GOBETTI, *Opere complete*, cit. supra, nota 122, pp. 832-833): «*Sarebbe difficile trovare Amendola indulgente verso le espansioni popolari e verso la politica del facile entusiasmo. La sua serietà è talvolta persino un'ossessione e gli vieta tutte le più prudenti sospensioni ironiche. Ma neppure si potrebbe paragonarlo al tipo comune del politico italiano: gli manca l'amabile disinteresse del diplomatico, come il cinismo di Giolitti (...)* Già, avvicinandolo, la sua figura fisica ti dà l'impressione e la sicurezza della solidità: e le sue qualità intellettuali sono così dominanti e meridionalmente appariscenti che sembra più giusto riferirle al carattere che alla maturazione del pensiero (...) Non per nulla Amendola è negato alla comunicazione con le masse: nulla di tribunizio si trova nei suoi discorsi elettorali e quando in casi siffatti i programmi devono necessariamente colorirsi secondo le astuzie oratorie, egli si ferma per istinto di lealtà a idee affatto generiche». Una conferma della esattezza dei giudizi di *Piero Gobetti* è fornita dalla lettura del saggio *Etica e biografia* di *Giovanni Amendola*, pubblicato da Studio Editoriale Lombardo, Milano, 1915.

fascista e sono state costrette ad abbandonare l'Italia, come *Luigi Sturzo*¹²⁴ e lo stesso *Gaetano Salvemini*.

Un'azione di opposizione alla dittatura è stata in seguito condotta da intellettuali, professori, studiosi, scienziati, filosofi e da uomini di cultura come *Benedetto Croce* e *Luigi Einaudi*, per citare i più conosciuti.

Si trattava però di un'opposizione di carattere culturale che si scontrava con un sistema dittatoriale definitivamente consolidato.

Quella che è mancata invece in Italia, proprio negli anni 1919-1922, è stata un'azione corale sostenuta da politici illuminati e da uomini di cultura, come quelli in precedenza indicati, che avrebbe potuto fornire un contributo determinante per scongiurare il crollo della democrazia.

Si deve purtroppo concludere che l'impatto esercitato dalla democrazia in Italia sotto i profili sociale, culturale, economico e politico, con riferimento al periodo esaminato, non è stato tale da rendere possibile la formazione di «cittadini governati» e di «cittadini governanti», da considerare «*democraticamente maturi*», in grado di difendere le libertà fondamentali, salvaguardando i principi e il fondamento stesso della democrazia.

Fausto Capelli

¹²⁴ Ugualmente interessante è il ritratto di *Luigi Sturzo*, fatto da *Piero Gobetti*, (P. Gobetti, *Opere complete*, cit. supra, nota 122, p. 386: «Ma egli, pur essendo un pratico e repugnando al misticismo, è una delle più grandi anime religiose del nostro tempo per il rigore con cui va oltre le apparenze, per l'assolutezza con cui vede i risultati, sicuro anche attraverso le contraddizioni e gli adattamenti. Non è la religiosità di Giolitti: è la fede del cristiano, ottimista e sereno, che agisce come uomo e sa che la divinità non può non essergli presente perché è universale. Sturzo sente i problemi più vivi dello spirito senza averne il terrore degli asceti; la sua religiosità non è un tormento, ma, se così si può dire, goethiana serenità fatta operosa»). Una conferma della esattezza dei giudizi di Piero Gobetti è fornita dalla lettura della raccolta dei testi di L. STURZO, *Scritti di carattere giuridico, Discorsi e attività parlamentare: (1951-1959)*, Bologna, Zanichelli, 1962. Probabilmente Giolitti non aveva la stessa opinione su Luigi Sturzo, che chiamava «*quel pretino intrigante*». Giolitti, che continuava ancora dopo la prima guerra mondiale a considerare i partiti politici come gruppi di sodali uniti da interessi comuni, non si capacitava che Luigi Sturzo, segretario del Partito popolare, ma non membro del Parlamento, andasse a discutere di politica con lui, presidente del Consiglio, a nome del Partito popolare. L'espressione «*pretino intrigante*» è certo frutto della reazione indispettita di Giolitti. Non pensiamo infatti che, date le sue scarse letture, Giolitti abbia voluto riprendere la celebre espressione di re Enrico II, il quale nel 1170 aveva qualificato *Thomas Becket*, Arcivescovo di Canterbury, il capo della sua Chiesa, «*Meddlesome Priest*», prete intrigante, appunto, perché non si lasciava sottomettere, chiedendosi chi l'avrebbe potuto liberare dalla sua presenza. Il problema è che Thomas Becket fu subito dopo assassinato nella cattedrale di Canterbury, come viene raccontato nel dramma di Thomas Eliot, *Assassinio nella cattedrale*. Certamente Giolitti non avrebbe mai pensato di risolvere i problemi politici italiani in quel modo.

SINTESI

Nella Prima Sezione della Terza Parte del saggio «*Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia*», l'A. studia l'impatto che la democrazia ha avuto all'interno dello Stato italiano, a partire dal momento in cui sono state introdotte in Italia le elezioni a suffragio universale (1913) fino all'avvento della dittatura (1922).

Tale impatto è stato analizzato mettendo a confronto la situazione esistente in Italia e quella esistente negli Stati Uniti d'America, così come descritta da A. Tocqueville nel suo capolavoro «*La democrazia in America*». Il confronto fra le predette situazioni mette in evidenza i veri motivi all'origine delle gravi difficoltà che le classi dirigenti italiane hanno dovuto superare per gestire il potere politico nonché le ragioni che, alla fine, hanno determinato il crollo della democrazia e l'avvento della dittatura in Italia.

ABSTRACT

In the First Section of the Third Part of the essay «Culture of ethics and legality in a world dominated by politics and the economics» the A. studies the impact that democracy has had within the Italian State, starting from the moment in which the elections with universal suffrage were introduced in Italy (1913) until the advent of the dictatorship (1922).

This impact was analyzed by comparing the situation existing in Italy and that existing in the United States of America, as described by A. Tocqueville in his masterpiece «Democracy in America». The comparison between the aforementioned situations highlights the reasons behind the serious difficulties that the Italian ruling classes have had to overcome in order to manage political power as well as the reasons which, in the end, led to the collapse of democracy and the advent of the dictatorship in Italy.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LE ESENZIONI IVA SI APPLICANO NON SOLO ALLE IMPRESE ESERCENTI IL TRASPORTO INTERNAZIONALE MA ANCHE ALLE IMPRESE CHE OPERANO NELLE FASI ANTECEDENTI DELLA CATENA COMMERCIALE COME INTERMEDIARI E SUBAPPALTATORI

Corte di giustizia

Sentenza del 4 maggio 2017 in causa n. C-33/16*

A Oy, con l'intervento di Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2006/112/Ce del Consiglio, art. 148, lett. d. - Sistema comune dell'Iva - Esenzioni - Prestazioni di servizi destinate a far fronte alle necessità delle navi adibite alla navigazione in alto mare e del loro carico - Carico e scarico effettuati da imprese terze subfornitrici o subappaltatrici - Applicabilità del regime di esenzione.

L'art. 148, lett. d., della direttiva n. 2006/112/Ce del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che i servizi di carico e scarico su o verso una nave o a partire da quest'ultima sono servizi direttamente de-

* In *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2017, ECLI:EU:C:2017:339. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 65 ss., il commento di *LUCA GRANELLI*.

stinati a sopperire ai bisogni delle navi di cui all'art. 148, lett. a., di tale direttiva.

L'art. 148, lett. d., della direttiva 2006/112 deve essere interpretato nel senso che, da un lato, possono essere esentate non solo le prestazioni che hanno ad oggetto operazioni di carico e scarico a bordo o a partire da una nave di cui all'art. 148, lett. a., di tale direttiva che intervengono nello stadio finale di commercializzazione di un tale servizio, ma anche le prestazioni effettuate in uno stadio anteriore, come la prestazione fornita da un subappaltatore a un operatore economico che la riaddebita successivamente a un'impresa di spedizioni o a un'impresa di trasporti e, dall'altro, possono parimenti essere esentate le prestazioni di carico e scarico fornite al detentore di tale carico, quale l'esportatore o l'importatore di quest'ultimo.

**UNA NUOVA PROSPETTIVA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
SULL'APPLICABILITÀ DELLE ESENZIONI IVA
ALLE PRESTAZIONI RESE AGLI INTERMEDIARI
NEL TRASPORTO INTERNAZIONALE
(Commento alla sentenza del 4 maggio 2017 in causa n. C-33/16,
A Oy c. Amministrazione delle finanze finlandese)**

Sommario: **1.** La questione esaminata dalla Corte di giustizia - **2.** Le finalità ed i principi delle esenzioni Iva nell'ambito del trasporto internazionale - **3.** Il precedente atteggiamento di sfavore della Corte di giustizia nei confronti dell'applicazione delle esenzioni Iva alle fasi intermedie della catena commerciale del trasporto internazionale - **4.** L'apertura della Corte nella sentenza in causa n. C-33/16 A Oy c. Amministrazione finanziaria finlandese.

1. La questione esaminata dalla Corte di giustizia

Lo sviluppo delle relazioni commerciali nell'ambito del trasporto internazionale ha progressivamente diffuso presso le imprese di navigazione la pratica di affidare l'approvvigionamento di rifornimenti e servizi ad intermediari che si avvalgono di imprese terze, subfornitrici o subappaltatrici¹.

Questa prassi, sempre più diffusa, ha fatto sorgere la questione dell'applicabilità o meno delle esenzioni Iva previste nell'ambito del traspor-

¹ Una breve descrizione di come si articola la catena commerciale delle operazioni nell'ambito del trasporto internazionale marittimo è svolta dall'Avvocato Generale Eleanor Sharpston nelle proprie conclusioni del 5 marzo 2015 in causa n. C-526/13, *Fast Bunkering Klaipeda UAB c. Amministrazione Finanziaria della Lituania*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2015, EU:C:2015:156, punti 21 e 22.

to internazionale anche alle operazioni effettuate nei confronti degli intermediari nelle fasi antecedenti alla cessione o alla prestazione di servizi svolta nei confronti dell'impresa di navigazione.

Nella sentenza in commento² la Corte di giustizia è giunta alla conclusione, affatto scontata, che l'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto prevista per i servizi diretti a sopperire i bisogni della nave e del suo carico si applica anche alle operazioni di scarico e carico rese da un subappaltatore nei confronti dell'intermediario dell'impresa di navigazione committente e quindi, più in generale, ai servizi resi anche nelle fasi antecedenti della catena commerciale.

2. Le finalità ed i principi delle esenzioni Iva nell'ambito del trasporto internazionale

Al fine di agevolare il trasporto internazionale il Sistema comune dell'imposta sul valore aggiunto prevede alcune esenzioni Iva volte ad impedire che l'applicazione dell'imposta possa comportare distorsioni della concorrenza³.

La norma che prevede tale regime di esenzioni è l'art. 148 della direttiva n. 2006/112/Ce sul sistema comune dell'imposta sul valore aggiunto del Consiglio, del 28 novembre 2006⁴, contenuto nel Capo 7 del Titolo IX intitolato, appunto, «*Esenzioni connesse ai trasporti internazionali*».

Questa norma sostanzialmente ripropone il catalogo delle esenzioni già previsto dal precedente art. 15 della sesta direttiva del Consiglio n. 77/388 del 17 maggio 1977⁵.

Le operazioni effettuate dalle imprese che svolgono l'attività di trasporto internazionale sono equiparate alle cessioni all'esportazione⁶ per la

² Sentenza del 4 maggio 2017 in causa n. C-33/16, *A Oy c. Amministrazione delle finanze finlandese*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2017, in EU:C:2017:339.

³ L'istituzione di un sistema comune d'imposta sul valore aggiunto comune agli Stati membri dell'Unione costituisce uno strumento fondamentale per eliminare e prevenire le distorsioni alla concorrenza. Si vedano ad esempio le considerazioni della Commissione nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio ed al Comitato economico e sociale sul piano di azione sull'Iva del 7 aprile 2016, Com(2016)148.

⁴ Sesta direttiva del Consiglio n. 77/388/Cee del 17 maggio 1977, in *Guce* n. L 145 del 13 giugno 1977, p. 1 ss., successivamente abrogata dalla direttiva del Consiglio n. 2006/112/Ce del 28 novembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 347 dell'11 dicembre 2006, p. 1 ss. Nel prosieguo, per brevità, sarà indicata come «direttiva n. 2006/112/Ce».

⁵ Nel prosieguo, per brevità, sarà indicata come «Sesta direttiva» o «direttiva n. 77/388/Ce».

⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 3 settembre 2015 in causa n. C-526/13, *Fast Bunkering Klaipeda UAB c. Amministrazione finanziaria della Lituania*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2015, punto 26, EU:C:2015:536, e del 26 giugno 1990 in causa n.

ragione che ci si attende che il loro consumo avvenga all'estero⁷ e conseguentemente sono assoggettate al principio di tassazione nel Paese di destinazione⁸.

L'applicazione di questo principio comporta l'applicazione alle operazioni effettuate dalle imprese di trasporto internazionale di un regime di esenzione dall'Iva nello Stato di origine dell'operazione che però può condurre ad una distorsione riguardo l'Iva addebitata a queste imprese dai loro fornitori.

Infatti, se il recupero dell'Iva subita in rivalsa da queste imprese sui loro acquisti avvenisse attraverso il meccanismo della detrazione di imposta che genera un credito verso l'Erario si configurerebbe un esborso per anticipare l'Iva che sarà successivamente rimborsata⁹.

Il regime di esenzione Iva stabilito per il trasporto internazionale è volto, quindi, ad evitare che in capo alle imprese direttamente impegnate in questa attività si generi un credito Iva. Le esenzioni previste dall'art. 148 della direttiva n. 2006/112/Ce evitano, appunto, il prefinanziamento dell'Iva¹⁰ sugli acquisti di tali imprese.

La predilezione di un regime di esenzione, rispetto al rimborso dell'imposta subita in rivalsa, riposa sul fatto che il rimedio del rimborso non equivale alla dispensa dall'anticipazione dell'imposta. L'anticipo dell'Iva subita in rivalsa sugli acquisti che darebbe diritto al rimborso comporta, infatti, un costo sostenuto interamente dall'impresa oppure scaricato sui prezzi praticati¹¹ con l'effetto di creare in ogni caso una distorsione della concorrenza in contrasto con gli obiettivi dell'Unione.

C-185/89, *Staatsecretaris van Financien c. Velker International Oil Company Ltd NV*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2561, punto 21, EU:C:1990:262.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2007 in causa n. C-97/06, *Navicon SA c. Amministrazione finanziaria (Spagna)*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8755, punto 29, EU:C:2007:609.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2006 in cause riunite da n. C-181/04 a n. C-183/04, *Elmeke NE c. Ministero delle finanze (Grecia)*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8167, punto 24, EU:C:2006:563, e conclusioni dell'Avvocato Generale, EU:C:2005:730, punto 28; sentenze del 26 giugno 1990 in causa n. C-185/89, *Velker*, *loc. cit.*, punto 21, EU:C:1990:262; del 22 dicembre 2010 in causa n. C-116/10, *Stato e Ufficio registro e demanio Granducato di Lussemburgo c. Bacino Charter Company SA*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2561 ss., punto 16, EU:C:2010:824; del 18 ottobre 2007 in causa n. C-97/06, *Navicon SA*, *cit. supra*, nota 6.

⁹ In virtù del diritto alla detrazione dell'imposta subita in rivalsa sugli acquisti che costituisce un corollario del principio di neutralità.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-33/11, *A Oy c. Amministrazione tributaria della Finlandia*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2012, punto 45, EU:C:2012:482; conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot in causa n. C-33/11, *A Oy c. Commissione fiscale centrale Finlandia*, *cit. supra*, nota 4, punto 27.

¹¹ Sentenza del 19 luglio 2012 in causa n. C-33/11, *A Oy*, *loc. cit.*, punti 44-46.

Tali esenzioni sono l'espressione di obiettivi di più ampio respiro della normativa comunitaria, volti ad evitare distorsioni della concorrenza, considerate dalla Corte di giustizia provate per il solo fatto che gli operatori commerciali siano soggetti ad un trattamento differenziato nell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto¹².

Gli obiettivi dell'Unione ai quali ho fatto cenno sono presidiati da alcuni principi di fondo dell'Iva comunitaria e delle esenzioni, che hanno costituito le linee guida della sentenza in commento, e in particolare il principio di *neutralità* ed il principio dell'*effetto utile delle esenzioni*.

Il principio di *neutralità*, che governa l'Iva comunitaria e si esprime in molteplici forme, osta a che imprese o attività concorrenti siano trattate diversamente nell'imposizione sul valore aggiunto¹³.

A questo principio, particolare dell'imposizione sul valore aggiunto, si accosta quello più generale della parità di trattamento il quale, a prescindere dalla circostanza che imprese o attività siano o meno in concorrenza tra loro, osta a un trattamento differenziato ai fini Iva di soggetti che si trovano in situazioni comparabili per altri aspetti¹⁴.

Il principio dell'*effetto utile* delle esenzioni dall'Iva, infine, osta a che l'interpretazione restrittiva che deve presiedere alla loro applicazione possa porsi in contrasto con le loro finalità e privare le esenzioni dei loro effetti¹⁵ conducendo a prediligere una interpretazione che consenta di conseguire gli effetti rispetto ad una interpretazione restrittiva che possa pregiudicarli.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2004 in causa n. C-382/02, *Cimber Air SA c. Ministero delle imposte e delle accise danese*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8379, punto 24, EU:C:2004:534; conclusioni dell'Avvocato Generale del 26 aprile 2012 in causa n. C-33/11, *A Oy*, punti 35-36, EU:C:2012:249; sentenza in causa n. C-33/11, *A Oy*, *cit. supra*, nota 10, punti 33 e 48; sentenza del 28 giugno 2007 in causa n. C-363/05, *J. P. Morgan Fleming Claverhouse investment trust c. The association of the investment trust companies*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 5517, punto 47, EU:C:2007:391.

¹³ Cfr., *ex multis*, sentenze del 23 ottobre 2003 in causa n. C-109/02, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 12691, punto 20, EU:C:2003:586; dell'8 giugno 2006 in causa n. C-106/05, *L.u.P. GmbH e Finanzamt Bochum-Mitte*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5123, punto 32, EU:C:2006:380; del 18 ottobre 2007 in causa n. C-97/06, *Navicon SA*, *cit. supra*, nota 6, punto 21; del 16 settembre 2004 in causa n. C-382/02, *Cimber Air SA*, *cit. supra*, nota 12, punto 24; del 19 luglio 2012 in causa n. C-33/11, *A Oy*, *cit. supra*, nota 10, punti 32 e 48. Si veda anche la copiosa giurisprudenza antecedente della Corte riportata nella nota 16 delle conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-33/11, *A Oy*, *cit. supra*, nota 12.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 2008 in causa n. C-309/06, *Marks & Spencer plc. c. Commissioners of Customs & Excise*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 2283, punto 49, EU:C:2008:211.

¹⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 18 ottobre 2007 in causa n. C-97/06, *Navicon SA*, *cit. supra*, nota 6, punto 22; del 19 luglio 2012 in causa n. C-33/11, *A Oy*, *cit. supra*, nota 10, punto 49; del 18 novembre 2004 in causa n. C-284/03, *Temco Europe*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 11237, punto 17, EU:C:2004:730.

3. Il precedente atteggiamento di sfavore della Corte di giustizia nei confronti dell'applicazione delle esenzioni Iva alle fasi intermedie della catena commerciale del trasporto internazionale

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia queste esenzioni sono state considerate prerogativa delle sole operazioni effettuate nei confronti dei soggetti che operano direttamente il trasporto internazionale e, quindi, delle operazioni che costituiscono l'ultimo stadio della catena commerciale e della fatturazione.

Di conseguenza, il regime di esenzione è stato considerato inapplicabile alle operazioni rese nei confronti degli intermediari.

Questa restrizione dell'ambito di applicazione delle esenzioni è stata giustificata, in primo luogo, con la loro pretesa natura soggettiva in base all'argomento che esse presuppongono l'equiparazione delle operazioni a cui si riferiscono alle cessioni all'esportazione¹⁶ e pertanto si renderebbero applicabili solo nei confronti dei soggetti che svolgono direttamente l'attività del trasporto internazionale; sarebbero invece escluse nei confronti delle imprese che operano nelle fasi antecedenti della catena commerciale delle operazioni¹⁷ come, appunto, intermediari e subappaltatori.

Contro la natura soggettiva dell'esenzione si era però già schierato, nelle proprie conclusioni, l'Avvocato Generale della causa n. C-33/11 secondo il quale la limitazione del raggio di azione delle esenzioni ai soli soggetti esercenti il trasporto internazionale configura una interpretazione eccessivamente restrittiva delle esenzioni che conduce a distorsioni della concorrenza in contrasto con il principio di neutralità¹⁸.

Secondo l'Avvocato Generale l'esenzione non è affatto da intendersi sotto il profilo soggettivo, in quanto l'obiettivo funzionale delle esenzioni individuate nell'art. 148 della direttiva n. 2006/112/Ce riguarda l'intera ca-

¹⁶ Cfr. sentenze del 26 giugno 1990 in causa n. C-185/89, *Velker*, cit. supra, nota 7, punto 22; del 18 ottobre 2007 in causa n. C-97/06, *Navicon SA*, cit. supra, nota 6, punto 29; del 22 dicembre 2010 in causa n. C-116/10, *Stato e Ufficio registro e demanio Granducato di Lussemburgo c. Bacino Charter Company SA*, cit. supra, nota 8, punto 16, EU:C:2010:824; conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-33/11, *A Oy*, cit. supra, nota 12, punto 30.

¹⁷ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 26 giugno 1990 in causa n. C-185/89, *Velker*, cit. supra, nota 7, punti 21-22; del 14 settembre 2006 in cause riunite da n. C-181/04 a n. C-184/03, *Elmeka NE c. Ministero delle finanze (Grecia)*, cit. supra, nota 8, punti 21-24; sentenza *Fast Bunkering Klaipeda*, cit. supra, nota 1, punti 26 e 27.

¹⁸ Il principio di neutralità che si applica in questo caso è quello di neutralità concorrenziale, che è una espressione del principio di parità di trattamento e che presuppone che le prestazioni o le operazioni siano non già identiche ma semplicemente in concorrenza tra loro e quindi è sufficiente che siano analoghe (conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-33/11, cit. supra, nota 12, punti 35-37, sentenza del 28 giugno 2007 in causa n. C-363/05, *J. P. Morgan Fleming Claverhouse investment trust*, cit. supra, nota 12).

tena delle operazioni relative ai mezzi utilizzati per il trasporto internazionale¹⁹ e non solo l'ultima fase.

Questo contrasto non è valso però a modificare l'orientamento della Corte la quale ha perseverato nel negare il beneficio dell'esenzione alle operazioni intermedie della catena commerciale facendo ricorso all'argomento, teoricamente fondato, secondo cui la applicazione delle esenzioni nei confronti degli intermediari avrebbe comportato la necessità di introdurre un sistema di vigilanza e di controllo volto a contrastare il rischio di un cambiamento della destinazione finale dell'esenzione²⁰ e di un abuso del regime agevolato²¹ non compatibile con il diritto comunitario ed in particolare con l'art. 131 della direttiva n. 2006/112/Ce (già art. 13 della direttiva n. 77/388/Cee).

Questa norma, effettivamente, si oppone alla introduzione di sistemi di controllo e vigilanza uniformi sulla applicazione e destinazione delle esenzioni in quanto dispone che gli Stati membri assicurino una applicazione delle esenzioni corretta e semplice che non comporti complicazioni amministrative conseguenti alla introduzione di simili sistemi di controllo e di vigilanza.

Secondo la Corte di giustizia, uno dei presupposti fondamentali per l'applicazione delle esenzioni consiste nella circostanza che la destinazione finale dei beni o dei servizi agevolati sia verificabile in modo semplice ed efficace²².

È con il corredo di questi argomenti che la Corte, a più riprese, ha negato il beneficio della esenzione ad operazioni²³ effettuate in uno stadio

¹⁹ Cfr. sentenza in causa n. C-33/11, *A Oy*, cit. supra, nota 10, punti 32-34; sentenza del 28 giugno 2007 in causa n. C-363/05, *J. P. Morgan Fleming Claverhouse investment trust*, cit. supra, nota 12, punto 47.

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-33/16, *A Oy*, cit. supra, nota 4, punti 54 e 55; sentenze della Corte di giustizia del 26 giugno 1990 in causa n. C-185/89, *Velker*, cit. supra, nota 7, punto 24; del 14 settembre 2006 in cause riunite da n. C-181/04 a n. C-183/04, *Elmeka NE c. Ministero delle finanze (Grecia)*, cit. supra, nota 8, punto 22; si veda anche la sentenza del 21 marzo 2013 in causa n. C-197/12, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale - parte "informazioni sulle decisioni non pubblicate")*, EU:C:2013:202, punto 33; sentenza *Fast Bunkering Klaipeda*, cit. supra, nota 1, punto 28.

²¹ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2006 in cause riunite da n. C-181/04 a n. C-183/04, *Elmeka NE c. Ministero delle finanze (Grecia)*, cit. supra, nota 8, punto 23; del 26 giugno 1990 in causa n. C-185/89, *Velker*, cit. supra, nota 7, punto 24; sentenza *Fast Bunkering Klaipeda*, cit. supra, nota 1, punto 28.

²² Sentenza in causa C-33/16, *A Oy*, cit. supra, nota 2, punto 33; conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-33/11, cit. supra, nota 12; sentenza del 14 settembre 2006 in cause riunite da n. C-181/04 a n. C-183/04, *Elmeka NE c. Ministero delle finanze (Grecia)*, cit. supra, nota 8.

²³ Cfr. sentenze del 14 settembre 2006 in cause riunite da n. C-181/04 a n. C-183/04, *Elmeka NE c. Ministero delle finanze (Grecia)*, cit. supra, nota 8, punto 24; del 26 giugno 1990 in causa n. C-185/89, *Velker*, cit. supra, nota 7.

antecedente della catena commerciale ed in particolare a quelle effettuate nei confronti di un intermediario dell'impresa di navigazione committente.

Il presupposto della certezza sulla immutabilità della destinazione finale delle operazioni agevolate ha assunto un ruolo fondamentale nella applicazione delle esenzioni tanto da condurre la Corte di giustizia a trascurare persino circostanze che conferivano certezza alla destinazione finale dell'esenzione, grazie alle modalità di svolgimento dell'operazione e delle norme tributarie nazionali che ne consentivano la verifica.

Un esempio eclatante di questo rigore è rappresentato dalla sentenza in causa n. C-526/13²⁴ nella quale la Corte ha confermato il principio della inapplicabilità delle esenzioni alle operazioni intermedie anche se poi, quasi paradossalmente, ha riconosciuto l'esenzione ricorrendo all'argomento secondo cui la fornitura di carburante, in quanto svolta a bordo della nave, configura non già una fornitura all'intermediario ma una cessione diretta nei confronti dell'armatore²⁵.

In questa occasione la Corte ha però riaffermato il principio della inapplicabilità delle esenzioni nelle fasi intermedie della catena commerciale dei rifornimenti. La Corte, inoltre, ha ritenuto che sebbene la destinazione finale del rifornimento reso nei confronti dell'intermediario fosse debitamente fissata e provata all'autorità fiscale, come previsto dalla normativa nazionale, tale obbligo non eliminasse il rischio di un mutamento di destinazione dell'esenzione.

Secondo la Corte, l'assenza di una disciplina di controllo uniforme comporterebbe comunque la necessità di istituire restrizioni a livello comunitario inconciliabili con l'applicazione corretta e semplice dell'esenzione stabilita dall'art. 131 della direttiva n. 2006/112/Ce.

²⁴ Sentenza *Fast Bunkering Klaipeda*, cit. supra, nota 1.

²⁵ In questa vicenda la Corte ha ritenuto applicabile l'esenzione in base alla considerazione che, siccome il rifornimento è stato eseguito dal terzo fornitore direttamente a bordo della nave, l'intermediario non è stato in alcun momento in condizioni di disporre come proprietario del carburante che è stato trasferito, sostanzialmente con una unica operazione materiale, nell'ambito della disponibilità dell'armatore, con l'effetto di configurare una *cessione di beni*, direttamente a favore di quest'ultimo e quindi suscettibile di esenzione.

La Corte ha fondato questa conclusione sulla nozione di cessione di beni formulata nell'art. 14 della direttiva n. 2006/112/Ce, che possiede un contenuto molto più ampio rispetto al semplice trasferimento della proprietà poiché questa nozione che è intesa estensivamente comprende anche il trasferimento del *potere di disporre di un bene materiale come proprietario*.

4. L'apertura della Corte nella sentenza in causa C-33/16, *A Oy c. Amministrazione finanziaria finlandese*

Nella vicenda in commento, che riguarda le prestazioni di scarico e carico di merci eseguite da un'impresa fornitrice terza a favore di un intermediario, direttamente (ed inevitabilmente) sulla nave dell'armatore, la Corte, dopo avere affermato che l'esenzione ha natura oggettiva nel caso dei servizi diretti a sopperire ai bisogni immediati delle navi e del carico, ha ritenuto l'esenzione applicabile anche nei confronti dell'intermediario poiché la destinazione dell'operazione è certa e non comporta l'esigenza di restrizioni inconciliabili con l'art. 131 della direttiva n. 2006/112/Ce.

Nonostante la particolare caratteristica delle operazioni (che per loro natura sono svolte inevitabilmente a contatto diretto con la nave) e la specialità della disposizione coinvolta, l'art. 148, lett. *d.*, della direttiva n. 2006/112/Ce (che presuppone che i servizi siano direttamente destinati a sopperire ai bisogni delle navi e del loro carico) nella sentenza viene formulato un principio di estensione delle esenzioni anche alle fasi intermedie della catena commerciale suscettibile di applicazione nel contesto complessivo del trasporto internazionale marittimo o aereo²⁶.

In particolare, la Corte pone in evidenza che tale prestazione sia da considerarsi *unica* e che, di conseguenza, escluda il rischio di un cambiamento di destinazione poiché – anche se è stata resa dal subappaltatore nei confronti dell'intermediario – ha avuto luogo direttamente sulla nave e senza l'esecuzione di alcuna attività materiale nelle precedenti fasi della catena commerciale²⁷.

L'utilizzo che viene fatto di tali servizi può essere dato per certo nel momento in cui sono concordate le loro modalità di esecuzione e, conseguentemente, quando la destinazione di una prestazione per sua natura è già certa, l'applicazione corretta e semplice dell'esenzione stabilita dall'art. 131 della direttiva n. 2006/112/Ce è garantita e non ricorre alcuna necessità di attuazione di meccanismi di controllo e sorveglianza.

Il concetto dell'unicità dell'operazione era stato già colto in qualche modo nella vicenda in causa n. C-526/13 nella quale la Corte, a sostegno della propria decisione secondo cui l'operazione verso l'intermediario configurava una cessione all'armatore, aveva formulato l'argomentazione se-

²⁶ Le conclusioni della Corte sono il risultato di un esame del contesto complessivo nel quale si inserisce l'art. 148 della direttiva n. 2006/112/Ce anche in relazione all'art. 131 e pertanto si può ritenere che siano applicabili nel contesto dell'art. 148 nel suo complesso.

²⁷ Causa n. C-33/16, *A Oy, cit. supra*, nota 2, punti 32-34; la Corte riprende le conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot nella stessa causa ai punti 52-55.

condo la quale nelle fasi antecedenti della catena commerciale dell'operazione viene solo trasferita una richiesta di pagamento, mentre l'esecuzione materiale dell'operazione avviene una sola volta²⁸.

Nella vicenda in commento, l'unicità dell'operazione viene colta nella prospettiva più corretta e più ampia del riscontro della certezza della destinazione finale di qualsiasi operazione, cessioni di beni e prestazioni di servizi, resa agli intermediari.

Nelle argomentazioni della Corte affiorano anche i principi di neutralità e di effetto utile. La Corte pone in evidenza che in simili casi una interpretazione diversa e più restrittiva dell'esenzione sarebbe in contrasto con l'effetto perseguito dall'esenzione che è quello di promuovere il trasporto internazionale poiché potrebbe indurre gli intermediari della catena a trasferire il costo dell'addebito di Iva sui prezzi praticati nel trasporto internazionale.

La Corte, in conclusione, ripudia la convinzione che le operazioni intermedie della catena commerciale siano escluse *tout court* dalle esenzioni e riconosce che le loro caratteristiche e modalità esecutive possano costituire il riscontro della destinazione finale dell'operazione effettuata nei confronti dell'intermediario e dell'assenza del rischio di un suo mutamento e di un abuso dell'esenzione, senza che si renda necessario istituire quelle particolari forme di controlli e di vigilanza alle quali si oppone l'art. 131 della direttiva n. 2006/112/Ce.

Luca Granelli*

SINTESI

La Corte di giustizia propone una nuova prospettiva riguardo l'applicabilità delle esenzioni dall'imposta sul valore aggiunto previste nel trasporto internazionale alle prestazioni di servizi rese ad intermediari della catena commerciale e non direttamente all'armatore.

In passato la Corte aveva negato che l'esenzione si applicasse alle cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate nei confronti di intermediari negli stadi precedenti della catena commerciale del trasporto internazionale in base all'argomento che in tali casi l'applicazione dell'esenzione avrebbe richiesto che gli Sta-

²⁸ Nelle conclusioni della causa n. C-526/13, *Fast Bunkering Klaipeda*, cit. *supra*, nota 1, al punto 50 viene espresso il concetto secondo il quale il potere di disporre è trasferito una sola volta nella catena commerciale mentre ciò che viene trasferito nelle fasi precedenti è soltanto una richiesta di pagamento.

* Avvocato / Foro di Milano

ti membri istituissero sistemi di vigilanza e controllo per assicurare la destinazione finale delle operazioni ed evitare abusi dell'esenzione e che tali sistemi avrebbero costituito per gli Stati membri e gli operatori restrizioni inconciliabili con l'applicazione corretta e semplice dell'esenzione stabilita dall'art. 131 della direttiva n. 2006/112/Ce (art. 15 della Sesta direttiva).

Nella sentenza in causa n. C-33/16 la Corte ammette che se ricorrono circostanze che comportano la certezza della destinazione finale delle prestazioni di servizi rese ad intermediari, nelle fasi precedenti della catena commerciale del trasporto, non è richiesto alcun sistema di vigilanza e controllo e si può applicare il regime di esenzione IVA.

ABSTRACT

The Court of Justice expresses a new perspective regarding the inclusion within VAT exemption of supply of services rendered to intermediaries at earlier stages of the commercial chain of the international transport and not directly to the ship owner.

In past, the Court of Justice denied in any case VAT exemption to supplies of goods or services rendered to intermediaries at an earlier stage of the commercial chain of the international transport, on the argument that in such cases tax exemption would require Member States to set up systems of supervision and control in order to satisfy themselves as to the ultimate use of the goods or the services supplied free of tax and avoid any abuses of the exemption and such systems would amount to constraints on the Member States and the traders concerned which it would be impossible to reconcile with the «correct and straightforward application of such exemptions» prescribed in the first paragraph of Article 131 of Directive 2006/112 (Article 15 of Sixth Directive). On the contrary, in Case 33/16 the Court of Justice points out that if circumstances imply that the ultimate use of the services provided to the intermediary is considered certain and does not require to improve any system of control and surveillance of the ultimate destination of the supply, VAT exemption is allowed.

**DOPPIA CITTADINANZA E MUTAMENTO DI NOME
PATRONIMICO: PREVALENZA DEL DIRITTO
DELL'UNIONE SULLA DISCIPLINA NAZIONALE**

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15*

Mircea Florian Freitag

Art. 267 TFUE - Artt. 18 e 21 TFUE - Divieto di discriminazione dovuto alla nazionalità - Diritto di circolazione e soggiorno - Trascrizione in uno Stato membro del cognome acquisito in un secondo Paese dell'Unione da un cittadino di entrambe le nazioni - Disposizione nazionale che subordina al requisito della residenza abituale il riconoscimento del cognome acquisito nel secondo Stato membro - Diniego di mutamento di generalità - Inosservanza delle norme nazionali - Applicazione del diritto dell'Unione.

L'art. 21 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che l'ufficio dello stato civile di uno Stato membro rifiuti di riconoscere e di trascrivere nel registro dello stato civile il nome legalmente ottenuto da un cittadino di tale Stato membro in un altro Stato membro, di cui egli parimenti possiede la cittadinanza, e corrispondente al suo nome di nascita, sulla base di una disposizione del diritto nazionale che subordina la possibilità di ottenere una siffatta trascrizione tramite dichiarazione all'ufficio dello stato civile alla condizione che tale nome sia stato acquisito durante un periodo di residenza abituale in tale altro Stato membro, a meno che esistano nel diritto nazionale altre disposizioni che consentano effettivamente il riconoscimento di detto nome.

* In *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2017, ECLI:EU:C:2017:432. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 77 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA LEGITTIMA IL RICONOSCIMENTO DI UN NUOVO NOME*

Sommario: *Introduzione - 1. I fatti del caso Mircea Florian Freitag (causa n. C-541/15) - 2. Il diritto dell'Unione - 3. La riformulazione della questione pregiudiziale - 4. La procedura nazionale di diritto privato (art. 48 EGBGB) - 5. La procedura nazionale di diritto pubblico - 6. Il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione - 7. Il giudizio della Corte - 8. Conclusioni.*

Introduzione

«La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza»¹. Questa dichiarazione allegata ai Trattati Ue, che riprende nella sostanza l'art. I-6 del Trattato costituzionale², riflette l'impegno profuso, a partire dalla rivoluzionaria sentenza *Van Gend en Loos*³, dai giudici di Lussemburgo per disapplicare le di-

* Le opinioni espresse in questo commento sono da attribuire esclusivamente all'Autore e non impegnano in alcun modo la responsabilità dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

¹ Versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, Dichiarazioni allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007, Dichiarazioni relative a disposizioni dei Trattati, 17. Dichiarazione relativa al primato, in *Gu-Ue* n. C 202 del 7 giugno 2016, p. 344. Alla dichiarazione è allegato il Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007 secondo il quale «[d]alla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

² Art. I-6, Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004, p. 1 ss. («La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri»).

³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle*

sposizioni nazionali in grado di impedire o ostacolare l'esercizio dei diritti conferiti dai Trattati⁴. L'incessante opera della Corte ha consentito inoltre l'affermazione del principio di interpretazione conforme secondo il quale, «nell'applicare il diritto nazionale, (...) il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo dell[e] direttiv[e] onde conseguire il risultato perseguito da quest[e] ultim[e]»⁵.

Il principio del primato è stato ribadito in numerose sentenze e in diverse conclusioni degli Avvocati Generali nelle quali è stato precisato che l'obbligo di rispettare il diritto dell'Unione si estende anche a materie tradizionalmente di competenza nazionale quali ad esempio la cittadinanza⁶, il diritto al voto⁷, l'ampiezza e l'organizzazione di servizi di interesse economico generale⁸, le imposte dirette⁹, la previdenza sociale¹⁰.

imposte, in *Raccolta*, 1963, p. 3, EU:C:1963:1, p. 23. Il ruolo fondamentale svolto da questa sentenza nel diritto dell'Unione è evidenziato dalla «giornata di riflessione» che la Corte ha indetto per celebrare il 50° anniversario della pronuncia (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_95693/it/). Si veda Cour de Justice de l'Union Européenne, 50^{ème} anniversaire de l'arrêt van Gend en Loos 1963-2013, Actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013, A. TIZZANO - J. KOKOTT e S. PRECHAL (eds.), reperibile sul sito internet http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf.

⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, in *Raccolta*, 1964, p. 1141, EU:C:1964:66, p. 1145 («[I]l diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità»); del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629, EU:C:1978:49, punto 17 («[i]n forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni (...) hanno l'effetto (...) non solo di rendere "ipso jure" inapplicabile (...) qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche (...) di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali») e in questa *Rivista*, 1978, p. 285, con commento di F. CAPELLI, *Conflitto fra Corte di giustizia di Lussemburgo e Corte costituzionale italiana*, in questa *Rivista*, 1979, p. 289 ss.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135, EU:C:1990:395, punto 8. Cfr. il commento di F. CAPELLI, *Portata ed efficacia delle direttive Cee in materia societaria*, in *Le Società*, Ed. Ipsoa, 1991, n. 4, p. 44 ss.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2010 in causa n. C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 1449, EU:C:2010:104, punto 62, con commento di E. ADOBATI, *È possibile che un soggetto diventi apolide e perda lo status di cittadino dell'Unione nel rispetto del principio di proporzionalità*, in questa *Rivista*, 2010, p. 291 ss. Per un'analisi dell'impatto del diritto Ue sulle legislazioni nazionali in materia di acquisto e perdita della cittadinanza, si veda anche F. FORNI, *Cittadinanza dell'Unione europea e condizione delle minoranze negli Stati membri*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, p. 835 ss.

⁷ Conclusioni riunite dell'Avvocato Generale Tizzano del 6 aprile 2006 in causa n. C-145/04, *Spagna c. Regno Unito*, e in causa n. C-300/04, *Eman e Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7917, EU:C:2006:231, punto 64. La sentenza in causa n. C-145/04 è stata annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 746.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2010 in causa n. C-265/08, *Federutility e altri c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 3377, EU:C:2010:205, punto 29.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2004 in causa n. C-319/02, *Petri Manninen*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 7477, EU:C:2004:484, punto 19.

Mediante il loro attivismo i giudici di Lussemburgo hanno palesato la volontà di contrastare le norme nazionali in grado di ledere, anche solo potenzialmente, i diritti dei cittadini degli Stati membri. Tale impegno potrebbe aver contribuito almeno in parte al miglioramento della visibilità della Corte osservato durante gli anni Novanta¹¹ la quale, oltre a costituire un fattore positivo per il giudizio della società civile, rappresenta un elemento fondamentale nel processo di legittimazione di un organo giudicante¹². D'altra parte, non si può escludere che le pronunce delle alte Corti degli Stati membri a favore del riconoscimento della supremazia del diritto europeo possano aver facilitato la percezione positiva dell'opinione pubblica.

La *Court de Cassation*¹³ e il *Conseil d'État*¹⁴ hanno sancito in modo incondizionato tale primato rinvenendo la base giuridica del riconoscimento nell'art. 55 della Costituzione francese¹⁵. Al contrario il *Bundesverfas-*

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1998 in causa n. C-160/96, *Manfred Molenaar e Barbara Fath-Molenaar c. Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 843, EU:C:1998:84, punto 43.

¹¹ L'aumento della visibilità della Corte durante gli anni Novanta è stato sottolineato nell'analisi di J. L. GIBSON e G. A. CALDEIRA, *Changes in the Legitimacy of the European Court of Justice: A Post-Maastricht Analysis*, in *British Journal of Political Science*, vol. 28, 1998, nella quale si mette in evidenza che «during the autumn of 1992 (...) the ECJ had a moderate degree of visibility» (p. 64) per osservare successivamente che nel 1998 «the most salient EU institution is clearly the European Parliament [...] and] the second most salient institution in six of the countries is the European Court of Justice» (p. 73).

¹² «The consequence is a virtuous circle. More and more Europeans are aware that a law higher than the statutes enacted by their Parliaments bestows upon them rights which are, in last analysis, protected by the body interpreting that law. This growing awareness increases the visibility of the Court (...). Visibility, in turn, is the first precondition of legitimacy, at least for judicial organs» (F. MANCINI, *Democracy and the European Court of Justice*, in *Democracy and Constitutionalism in the European Union: Collected Essays*, Oxford, Hart Publ., 2000, p. 43).

¹³ Cour de Cassation, Chambre mixte, du samedi 24 mai 1975, N° 73-13556, *Administration des Douanes v Société des Cafés Jacques Vabre et SARL Wiegel et Cie*: «Le Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne qui, en vertu de l'article 55 de la Constitution, a une autorité supérieure à celle de la loi interne, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres. En raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leurs juridictions. Et les dispositions du traité doivent prévaloir sur la loi interne fut-elle postérieure. Dès lors c'est à bon droit et sans excéder ses pouvoirs qu'une Cour d'Appel, saisie d'un litige concernant les droits de douane applicables aux importations d'un produit en provenance d'un Pays membre, décide que les dispositions de l'article 95 du Traité [successivement art. 90 TCE, ora art. 110 TFEU] devaient être appliquées en l'espèce, à l'exclusion de l'article 265 du code des douanes, bien que ce dernier texte fut postérieur», reperibile sul sito internet <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006994625>.

¹⁴ Conseil d'Etat, arrêt *Nicolo*, 20 octobre 1989, reperibile sul sito internet <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/20-octobre-1989-Nicolo>.

¹⁵ Art. 55, Constitution française: «Les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie».

sungsgericht (BVerfGE) ha evidenziato un atteggiamento più cauto nell'accettare tale conclusione. Dopo aver stabilito in un primo momento la reciproca autonomia dei due ordinamenti¹⁶, i giudici di *Karlsruhe* hanno successivamente accolto la supremazia europea subordinandola, tuttavia, alla condizione (*solange*) che la protezione dei diritti fondamentali assicurata dall'Unione si fosse mantenuta almeno allo stesso livello della tutela garantita dal *Grundgesetz*¹⁷. La Corte costituzionale italiana ha seguito un percorso simile a quello intrapreso dal *BVerfGE* avendo inizialmente stabilito che «l'ordinamento della Comunità e quello dello Stato (...) sono distinti e reciprocamente autonomi»¹⁸. In un tempo successivo, la Consulta ha argomentato che «[i]l riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito (...) ai sensi dell'art. 11 Cost.»¹⁹ pur riservandosi di dichiarare illegittime quelle parti delle leggi nazionali di ratifica dei Trattati che rendessero esecutive in Italia improbabili disposizioni europee non rispettose dei principi della Costituzione italiana e dei diritti fondamentali dell'individuo²⁰.

Questi brevi cenni, privi di pretese di esaustività, sembrerebbero indicare che ormai il primato del diritto Ue si è praticamente affermato nel quadro giurisprudenziale degli Stati membri anche grazie al fatto che motivi di opportunità interna hanno indotto i governi a non avanzare obiezioni²¹. Tuttavia, l'ottimistica conclusione non risulta unanimemente condivisa dalla dottrina²². Un commentatore, in particolare, si è dichiarato perples-

¹⁶ BVerfGE, sentenza del 29 maggio 1974, 37, p. 271 ss. (*Solange I*).

¹⁷ BVerfGE, sentenza del 22 ottobre 1986, 73, p. 339 ss. (*Solange II*).

¹⁸ Corte cost., sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170, punto 5.

¹⁹ Corte cost., ordinanza del 23 novembre 2016, n. 24, punto 2 nel quale i giudici della Consulta hanno ricordato le loro sentenze del 21 aprile 1989, n. 232, dell'8 giugno 1984, n. 170 e del 21 aprile 1989, n. 183.

²⁰ «[L]'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi», Corte cost., ordinanza del 23 novembre 2016, n. 24, punto 2.

²¹ «[T]he question [is] why the national governments (...) did not rebel against the doctrine of supremacy and did not simply limit the jurisdiction of the Court. The answer is complex: failure to understand the implications of the judgments of the Court and short-sighted objectives of course, but also the centrality of the legal rules and respect for the rule of law (governments do not like to be seen as violating the law, after all)» (A. BIONDI, *Book reviews: Karen J. Alter, Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 7, 2002, p. 507).

²² D. CHALMERS, *The Dynamics of Judicial Authority and the Constitutional Treaty*, in J. H. H. WEILER - C. J. EISGRUBER (eds.), *Alteuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04, 2004, reperibile sul sito internet www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040501-14.pdf; M. BOBEK, *The Court of Justice, the*

so sulla reale entità dell'applicazione del principio nelle Corti nazionali osservando che «EU law is more of a rare cherry which will be put on the cake typically only if one of the party guests brings it along»²³. L'Autore trae la sua conclusione dall'osservazione che solo una trascurabile percentuale dei casi dibattuti presso i tribunali nazionali nei quali era applicabile il diritto europeo è stata oggetto di una questione pregiudiziale²⁴.

Una prova a favore di questa tesi si potrebbe rinvenire nel limitato numero (sei in circa venticinque anni) di controversie sull'applicazione di disposizioni nazionali riguardanti il nome, presenti nella giurisprudenza dell'Unione²⁵. In effetti, appare ragionevole supporre che l'argomento abbia impegnato i tribunali in un numero maggiore di occasioni in quanto la discrezionalità riconosciuta agli Stati in materia potrebbe interferire con la vita privata dei singoli²⁶.

national courts, and spirit of cooperation: between Dichtung and Wahrheit, in A. ŁAZOWSKI e S. BLOCKMANS (eds), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publ, 2016, p. 370, e M. BOBEK, *The feasibility and silent elephants: the legitimacy of the Court of Justice through the eyes of national Courts*, in M. ADAMS - H. DE WAELE - J. MEEUSEN e G. STRAETMANS (eds.), *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 213.

²³ M. BOBEK, *The Court of Justice, the national courts, and spirit of cooperation: between Dichtung and Wahrheit*, loc. cit., p. 370.

²⁴ *Ivi*, p. 368 ss. Per supportare la propria argomentazione, l'Autore ipotizza dati numerici sia per tutti i procedimenti dibattuti davanti ai giudici nazionali sia per i procedimenti esaminati dai tribunali di ultima istanza i quali, fatte salve le eccezioni giurisprudenziali (si veda la sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della sanità*, in *Raccolta*, 1982, p. 3415, EU:C:1982:335, punti 13, 14 e 16, con commento di E. GIRINO, *Portata e interpretazione del diritto comunitario nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in questa *Rivista*, 1985, p. 567 ss.), sono tenuti a rivolgersi alla Corte in base all'art. 267, par. 3, TFEU.

²⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 30 marzo 1993 in causa n. C-168/91, *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1191, EU:C:1993:115, con commento di E. ADOBATI, *Trascrizione nei registri di stato civile di un nome greco in caratteri latini*, in questa *Rivista*, 1994, p. 76 ss.; del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613, EU:C:2003:539, e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 58; del 14 ottobre 2008 in causa n. C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7639, EU:C:2008:559, con commento di M. CASTELLANETA, *Libera circolazione delle persone e norme statali sull'attribuzione del cognome*, in questa *Rivista*, 2009, p. 745 ss.; del 12 maggio 2011 in causa n. C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn e Łukasz Paweł Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3787, EU:C:2011:291; del 22 dicembre 2010 in causa n. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 13693, EU:C:2010:806; e del 2 giugno 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, in *Raccolta digitale, Raccolta generale*, giugno 2016, EU:C:2016:401, con commento di F. FORNI, *Titoli nobiliari e ordinamento europeo: le motivazioni sono necessarie se si vuole avere una nobile parvenza*, in questa *Rivista*, 2016, p. 469 ss.

²⁶ European Court of Human Right (ECHR), case of *Daróczy v. Hungary*, Application no. 44378/05, Judgment, Final, 1 October 2008, p. 7, par. 28: «In the particular circumstances, the

La Corte di giustizia ha difeso il diritto di un individuo, o dei suoi genitori, di modificare o di scegliere un nome in base alle tradizioni familiari o alle esigenze personali²⁷ ritenendo legittime solo le restrizioni poste dagli Stati membri a tutela dei principi costituzionali o dell'ordine pubblico²⁸.

La giurisprudenza europea ha recentemente aggiunto alle passate vertenze il caso *Freitag*²⁹, qui commentato, riguardante la trascrizione in uno Stato membro del cognome acquisito in un secondo Paese dell'Unione da un cittadino di entrambe le nazioni. Alcuni aspetti, come ad esempio il fatto che il richiedente possedesse la doppia cittadinanza, erano comuni con problematiche già sottoposte all'attenzione della Corte³⁰. L'elemento di maggior interesse e di novità rispetto al passato si ritrova nell'atteggiamento del Governo coinvolto il quale non ha presentato, nel corso dell'udienza, argomenti volti a giustificare la disposizione nazionale che subordina la trascrizione del nuovo nome alla residenza abituale nello Stato membro in cui è stato autorizzato il cambiamento di cognome, ma si è limitato ad indicare l'esistenza di altre norme nazionali che subordinano la trascrizione delle nuove generalità alla presenza di una «ragione legittima», sottolineando che essa può essere costituita anche dal rispetto del diritto dell'Unione.

1. I fatti del caso *Mircea Florian Freitag* (causa n. C-541/15)

Il caso trae origine dalla richiesta di un cittadino europeo in possesso della nazionalità di due Stati membri, rumena per nascita e tedesca in seguito ad adozione, di trascrivere all'anagrafe tedesca il cognome che egli

Court considers that the Respondent State's reluctance to allow the applicant to bear the name she wishes amounts to an interference with her private life».

²⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 30 marzo 1993 in causa n. C-168/91, *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, cit. supra, nota 25; del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, cit. supra, nota 25; del 14 ottobre 2008 in causa n. C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, cit. supra, nota 25, e del 12 maggio 2011 in causa n. C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn e Lukasz Pawel Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, cit. supra, nota 25.

²⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, cit. supra, nota 25, e del 2 giugno 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolfersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, cit. supra, nota 25.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, giugno 2017, EU:C:2017:432.

³⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, cit. supra, nota 25, e del 2 giugno 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolfersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, cit. supra, nota 25.

aveva acquisito in Romania pur avendo mantenuto la propria residenza abituale nella Repubblica federale tedesca (RFT)³¹.

In concreto, la vicenda riguardava il signor *Mircea Florian Freitag*, nato a Brasov (Romania) nell'aprile 1986 dalla signora *Angela* e dal signor *Vica Pavel*, entrambi cittadini rumeni. Dopo aver divorziato, la madre si era risposata con il signor *Freitag*, cittadino tedesco, il quale nel maggio 1997 aveva adottato il figlio, all'epoca ancora minorenne, nato dal primo matrimonio della moglie. In seguito all'adozione, il signor *Mircea Florian* aveva affiancato alla nazionalità rumena quella della RFT diventando nello stesso tempo cittadino europeo³². Il cambiamento dello *status* di famiglia aveva implicato la sostituzione del cognome del padre naturale (*Pavel*) con quello del genitore adottivo (*Freitag*)³³.

Nel luglio 2013, il signor *Mircea Florian Freitag*, ormai maggiorenne ed ancora abitualmente residente in Germania, aveva presentato istanza al *Consiliul Județean Brașov* (consiglio del distretto di Brasov) per riacquistare il cognome di nascita (*Pavel*). Dopo l'accoglimento della sua richiesta da parte dell'autorità rumena, l'interessato si era rivolto allo *Standesamt Wuppertal* (ufficio di stato civile della città di Wuppertal, RFT) per ottenere la trascrizione del nuovo cognome presentando a supporto della domanda il passaporto rumeno attestante le sue nuove generalità (*Mircea Florian Pavel*).

L'ufficio di stato civile della città renana, la *Untere Standesamtsaufsichtsbehörde* (autorità inferiore di controllo)³⁴ e l'*Oberbürgermeister der*

³¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. *supra*, nota 29, punti 16-25, e conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, giugno 2017, EU:C:2016:902, punti 18-28.

³² La Romania diventerà Stato membro dell'Unione il 1 gennaio 2007 (si veda art. 4, par. 2, del Trattato tra il Regno del Belgio, la Repubblica ceca, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, l'Irlanda, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, il Granducato del Lussemburgo, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (Stati membri dell'Unione europea) e la Repubblica di Bulgaria e la Romania relativo all'adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 157 del 21 giugno 2005, p. 11 ss.) quindi in una data successiva all'adozione del signor *Mircea Florian*.

³³ Secondo l'art. 1757, par. 1, prima frase, BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*; Codice civile) «Das Kind erhält als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden».

³⁴ L'*Untere Standesamtsaufsichtsbehörde* è un organo di controllo e di consultazione («Die Untere Standesamtsaufsichtsbehörde (UAB) ist sowohl operativ als auch gutachterlich tätig. (...) Stellungnahmen zu Vorlagen des Standesamtes erfolgen in den Fällen, wo die Rechtslage und Sachverhaltsauswertung besonders schwierig ist» (Umsetzung der HSK-Maßnahme 13.2 - Schaffung einer neuen Leistungseinheit - Bürgerservices Abschlussbericht,

Stadt Wuppertal (sindaco della città di Wuppertal), incerti sull'atteggiamento da tenere, si erano rivolti all'*Amtsgericht Wuppertal* (tribunale distrettuale di Wuppertal) al fine di acquisire un parere che consentisse loro di risolvere la questione.

Dopo aver analizzato il caso, i giudici tedeschi avevano stabilito l'impossibilità di applicare l'art. 48 EGBGB³⁵ (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, legge introduttiva al codice civile) dal momento che tale disposizione subordina il riconoscimento di un nome acquisito in un secondo Stato ad un periodo di abituale soggiorno in tale Paese³⁶. La prescrizione non era rispettata nel caso del signor *Mircea Florian* il quale aveva continuato a risiedere nella RFT durante tutto il periodo che era stato necessario alla riacquisizione del cognome natale.

Non ritenendo di poter circoscrivere la questione al solo diritto nazionale, il giudice del rinvio si era rivolto in via pregiudiziale alle Corte di giustizia per conoscere «[s]e gli articoli 18³⁷ e 21³⁸ TFUE debbano essere interpretati nel senso che le autorità di uno Stato membro sono tenute a riconoscere la modifica del cognome di un cittadino di tale Stato se questi è nel contempo cittadino di un altro Stato membro e in tale Stato ha (ri-)acquisito, a seguito di una modifica del cognome non legata a una variazione dello stato di famiglia, il proprio cognome originario ricevuto alla nascita, benché l'acquisizione di tale cognome non sia avvenuta quando il cittadino aveva la residenza abituale nell'altro Stato membro e sia avvenuta dietro sua richiesta»³⁹. In pratica, la domanda verteva sulla compatibilità dell'art. 48 EGBGB con il divieto di «ogni discriminazione effettuata in base alla

09.03.2011, reperibile sul sito internet https://www.wuppertal.de/rathaus-buergerservice/medien/dokumente/abschlussbericht_buergeramt.pdf.

³⁵ L'art. 48 EGBGB stabilisce che «[u]nterliegt der Name einer Person deutschem Recht, so kann sie durch Erklärung gegenüber dem Standesamt den während eines gewöhnlichen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erworbenen und dort in ein Personenstandsregister eingetragenen Namen wählen, sofern dies nicht mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Die Namenswahl wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Personenstandsregister des anderen Mitgliedstaats, es sei denn, die Person erklärt ausdrücklich, dass die Namenswahl nur für die Zukunft wirken soll. Die Erklärung muss öffentlich beglaubigt oder beurkundet werden».

³⁶ *Amtsgericht Wuppertal*, Beschl. v. 24.09.2015, Az.: 110 III 3/15.

³⁷ Art. 18 TFUE: «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni».

³⁸ Art. 21, par. 1, TFUE: «Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi».

³⁹ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Amtsgerichts Wuppertal* (Germania) il 16 ottobre 2015 - *Mircea Florian Freitag* (Causa C-541/15), in *Gu-Ue* n. C 48 dell'8 febbraio 2016, p. 9.

nazionalità» e con «il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» stabiliti dal diritto primario dell'Unione.

2. Il diritto dell'Unione

Tutte le parti intervenute nel procedimento davanti alla Corte sono state concordi nell'affermare che la situazione del signor *Mircea Florian* rientrava nel campo di applicazione del diritto dell'Unione⁴⁰. Tale affermazione appare indiscutibile dal momento che una giurisprudenza consolidata ha riconosciuto l'esistenza di un collegamento tra il nome e i diritti di libera circolazione e di non discriminazione assicurati al cittadino europeo dagli artt. 18 e 21 TFUE⁴¹. Nello stesso tempo, la mancanza di ogni obiezione potrebbe costituire un punto di svolta nell'atteggiamento del Governo dello Stato membro coinvolto nel procedimento principale se si considera che anche recentemente la nazionalità tedesca del signor *Bogendorff von Wolffersdorff*, cittadino di due Paesi Ue come il signor *Mircea Florian*, era stata utilizzata dalla RFT per contestare la competenza della Corte in una questione riguardante il cambiamento di nome⁴².

La tesi si appoggiava sul presupposto che nessuna disposizione sull'attribuzione o sul cambiamento del nome è presente nel diritto dell'Unione europea e, quindi, tali materie restano competenza degli Stati membri. Tuttavia, l'argomentazione trascurava il fatto che i Paesi Ue devono assicurare il rispetto della normativa europea anche in questo campo⁴³ dal momento che l'obbligo di portare nomi differenti in funzione delle diverse leggi na-

⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. supra, nota 31, punto 45.

⁴¹ Sentenze della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, cit. supra, nota 25, punto 25; del 14 ottobre 2008 in causa n. C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, cit. supra, nota 25, punto 16; del 22 dicembre 2010 in causa n. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, cit. supra, nota 25, punti 38-39; del 12 maggio 2011 in causa n. C-391/09, *Malgozata Runevič-Vardyn e Lukasz Pawel Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, cit. supra, nota 25, punto 63; conclusioni dell'Avvocato Generale Wathelet presentate il 14 gennaio 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, in *Raccolta digitale, Raccolta generale*, giugno 2016, EU:C:2016:11, punto 26.

⁴² Conclusioni dell'Avvocato Generale Wathelet presentate il 14 gennaio 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, loc. cit., punto 28 («[I]l governo tedesco rit[tiene] che, poiché il sig. Bogendorff von Wolffersdorff possiede la cittadinanza tedesca, soltanto il diritto tedesco debba essere applicato al suo cambiamento di nome»).

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. supra, nota 29, punto 33, e conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. supra, nota 31, punto 71.

zionali è una palese violazione dello *status* e dei diritti del cittadino dell'Unione⁴⁴.

3. La riformulazione della questione pregiudiziale

Prima di addentrarsi nel merito della questione pregiudiziale, l'Avvocato Generale ha riformulato la domanda posta dal tribunale del rinvio allo scopo di consentire al giudice nazionale l'acquisizione di elementi utili a dirimere la controversia⁴⁵.

Coerentemente con tale finalità, dopo aver ricordato che il governo tedesco durante l'udienza aveva dichiarato che l'art. 48 EGBGB non costituisce l'unica disposizione nazionale applicabile al caso in esame⁴⁶, l'Avvocato Generale ha analizzato in via preliminare le due diverse procedure previste per la modifica del nome sebbene tali «norme non [... fossero] espressamente indicate nelle questioni (...) sottoposte»⁴⁷.

⁴⁴ «Mi sembra (...) del tutto incompatibile con lo status e con i diritti di un cittadino dell'Unione europea (...) essere obbligati a portare nomi diversi ai sensi delle leggi di Stati membri diversi» (conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs presentate il 30 giugno 2005 in causa n. C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3561, EU:C:2005:419, punto 56).

⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, *cit. supra*, nota 31, punto 30. In materia esiste una giurisprudenza consolidata della Corte. A questo riguardo si vedano, tra le altre, le sentenze della Corte di giustizia del 20 marzo 1986 in causa n. 35/85, *Procureur della Repubblica c. Gérard Tissier*, in *Raccolta*, 1986, p. 1207, EU:C:1986:143, punto 9; del 27 marzo 1990 in causa n. C-315/88, *Procedimento penale c. Angelo Bagli Pennacchiotti*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1323, EU:C:1990:139, punto 10; del 18 maggio 2000 in causa n. C-230/98, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Schiavon Silvano*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3547, EU:C:2000:257, punto 37; del 28 novembre 2000 in causa n. C-88/99, *Roquette Frères SA c. Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10465, EU:C:2000:652, punto 18; del 20 maggio 2003 in causa n. C-469/00, *Ravil SARL c. Bellon import SARL e Biraghi SpA*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5053, EU:C:2003:295, punto 27, con commento di S. VENTURA, *Protezione delle denominazioni di origine e libera circolazione dei prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2003, p. 333 ss.; dell'8 marzo 2007 in causa n. C-45/06, *Campina GmbH & Co. c. Hauptzollamt Frankfurt*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2089, EU:C:2007:154, punto 30; del 4 maggio 2006 in causa n. C-286/05, *Reinhold Haug c. Land Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4121, EU:C:2006:296, punto 17; e del 14 ottobre 2010 in causa n. C-243/09, *Günter Fuß c. Stadt Halle*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 9849, EU:C:2010:609, punto 39.

⁴⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, *cit. supra*, nota 31, punto 32.

⁴⁷ Nella sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, *cit. supra*, nota 29, punto 29, e in nota n. 7 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, *cit. supra*, nota 31, punto 30, si accenna alla sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2013 in causa n. C-5/12, *Marc Betriu Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, settembre 2013, EU:C:2013:571, punto 40, in cui si afferma che «[n]ell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte, creata dall'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia sottopostagli. In tale

Da parte sua, la Corte ha raccolto il suggerimento di valutare se una disposizione nazionale che subordina alla residenza abituale il riconoscimento del nome acquisito in un secondo Stato membro da un cittadino di entrambi gli Stati sia in contrasto con gli artt. 18 e 21 TFUE anche nel caso in cui il diritto nazionale contenga anche altre norme che consentano la trascrizione del cambiamento⁴⁸. La nuova formulazione sembra indicare che i giudici di Lussemburgo non ritengono funzionale circoscrivere l'analisi al solo art. 48 EGBGB, ma intendono estendere la valutazione all'insieme delle norme tedesche sul cambiamento di generalità prima di stabilire l'eventuale esistenza di una discriminazione⁴⁹. L'enunciato pare inoltre considerare nozione acquisita il fatto che il vincolo della residenza nel secondo Stato membro non possa assurgere a condizione indispensabile per ottenere il riconoscimento di un nuovo nome. L'argomento può trovare fondamento nella considerazione che uno «Stato membro non è legittimato a limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza ai fini dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato»⁵⁰. Da questo passo giurisprudenziale consegue che la RFT, dovendo riconoscere tutti gli effetti derivanti dalla cittadinanza rumena del signor *Mircea Florian*, non può subordinare il riconoscimento del nuovo nome alla residenza in Romania dal momento che detto Stato non sembra prescrivere il soggiorno all'interno dei confini nazionali tra i requisiti necessari ai suoi cittadini per l'acquisizione di nuove generalità.

4. La procedura nazionale di diritto privato (art. 48 EGBGB)

Durante l'udienza, il governo della RFT aveva messo in evidenza che il legislatore tedesco aveva inteso adattare le disposizioni nazionali di diritto internazionale privato al regolamento (Ue) n. 1259/2010⁵¹ e alla sen-

prospettiva, spetta alla Corte, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte. In effetti, la Corte ha il compito di interpretare tutte le norme del diritto dell'Unione che possano essere utili ai giudici nazionali al fine di dirimere le controversie di cui sono investiti, anche qualora tali norme non siano espressamente indicate nelle questioni a essa sottoposte da detti giudici».

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. supra, nota 29, punto 30.

⁴⁹ *Ivi*, punto 31.

⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, cit. supra, nota 25, punto 28.

⁵¹ Regolamento (Ue) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *Gu-Ue* n. L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss.

tenza *Grunkin e Paul*⁵² mantenendo nello stesso tempo un sistema giuridico basato sul legame del nome alla nazionalità della persona⁵³.

Alla conclusione del dibattito su tale adeguamento⁵⁴, il Parlamento tedesco aveva approvato la disposizione di diritto civile materiale (art. 48 EGBGB) oggetto della questione pregiudiziale. La norma contiene l'obbligo di soggiorno in un secondo Stato membro per ottenere, attraverso una semplice dichiarazione davanti all'ufficiale di stato civile, il riconoscimento del nome acquisito in detto Stato⁵⁵. Il requisito del soggiorno abituale era stato introdotto quale prova di integrazione sociale atta a scoraggiare la possibilità di avvalersi di una «normativa più favorevole al fine di acquisire il nome» usufruendo di un breve periodo di soggiorno in un secondo Stato membro⁵⁶.

Il legislatore non intendeva includere nell'art. 48 EGBGB tutte le situazioni legate al cambiamento del nome, ma si proponeva di ottemperare esclusivamente ai principi stabiliti nella sentenza *Grunkin e Paul*⁵⁷. Di conseguenza, la disposizione nazionale non considera, ad esempio, il riconoscimento del nome acquisito da un cittadino tedesco con doppia nazionalità in uno Stato membro in cui egli non aveva posto la propria residenza - come nel caso del signor *Mircea Florian* - o delle nuove generalità che un nazionale di un secondo Paese dell'Unione, ma residente in RFT, poteva aver ottenuto durante un periodo trascorso in un qualsiasi Stato membro di cui non era cittadino⁵⁸.

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2008 in causa n. C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, cit. supra, nota 25.

⁵³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. supra, nota 31, punto 36.

⁵⁴ *Ivi*, punto 37.

⁵⁵ *Ivi*, punto 38.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe e Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, cit. supra, nota 25, punto 53. Nelle conclusioni della stessa sentenza (conclusioni dell'Avvocato Generale Wathelet presentate il 14 gennaio 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe e Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, cit. supra, nota 41, punto 84), l'Avvocato Generale riferisce che le autorità tedesche hanno utilizzato l'espressione «turismo del nome» per indicare la possibilità che un cittadino europeo potesse approfittare della normativa più favorevole di un secondo Stato membro per cambiare a proprio piacimento la generalità.

⁵⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. supra, nota 31, punto 39.

⁵⁸ Un caso del genere sembrerebbe contrario all'art. 2 della Convention (n° 4) de la Commission Internationale de l'État Civil (CIEC) relative aux changements de noms et de prénoms, signée à Istanbul le 4 septembre 1958, il quale recita: «Chaque État contractant s'engage à ne pas accorder de changements de noms ou de prénoms aux ressortissants, d'un autre État contractant, sauf s'ils sont également ses propres ressortissants».

5. La procedura nazionale di diritto pubblico

Il governo tedesco ha dunque chiarito che la norma di diritto privato sul cambiamento di nome (art. 48 EGBGB) è applicabile esclusivamente ai cittadini tedeschi. Tuttavia, la precisazione aveva lo scopo di affermare l'esistenza di disposizioni nel diritto tedesco in grado di consentire l'accoglimento della richiesta del signor *Mircea Florian* dal momento che l'ordinamento della RFT prevede altre norme per disciplinare la materia.

Il cambiamento di generalità per un cittadino tedesco è regolamentato da norme di diritto pubblico stabilite dal *Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen*⁵⁹ (legge sul cambiamento del nome e del cognome; NamÄndG) il cui art. 1⁶⁰ statuisce tale possibilità dietro presentazione di una domanda alla competente autorità amministrativa⁶¹. La variazione è ammessa solo nel caso in cui il richiedente possa dimostrare l'esistenza di ragioni importanti⁶², cioè superiori all'interesse pubblico il quale considera l'invariabilità del nome lo strumento più idoneo per il sicuro riconoscimento dell'individuo per tutta la sua vita.

La necessità di motivazioni rilevanti è rafforzata dall'art. 27, par. 1, NamÄndVwV⁶³ (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen*; regolamento amministrativo generale della legge sul cambiamento del nome) secondo il quale i cambiamenti di generalità sono da considerare provvedimenti di «carattere eccezionale» (*Ausnahmecharakter*). Esempi di ragioni legittime ai fini del cambiamento del nome sono elencati negli articoli da 34 a 50 NamÄnd-

⁵⁹ Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen [RGBl. 1938 I, p. 9] in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 401-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 54 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist.

⁶⁰ Art. 1 NamÄndG: «Der Familienname eines deutschen Staatsangehörigen oder eines Staatenlosen, der seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Deutschen Reich hat, kann auf Antrag geändert werden».

⁶¹ Art. 5, par. 1, NamÄndG: «Der Antrag auf Änderung eines Familiennamens ist schriftlich oder zu Protokoll bei der unteren Verwaltungsbehörde zu stellen, in deren Bezirk der Antragsteller seinen Wohnsitz oder beim Fehlen eines Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat. Hat er im Deutschen Reich weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so bestimmt der Reichsminister des Innern die zuständige Behörde».

⁶² Art. 3, par. 1, NamÄndG: «Ein Familienname darf nur geändert werden, wenn ein wichtiger Grund die Änderung rechtfertigt».

⁶³ Art. 27, par. 1, NamÄndVwV: «Das Namensrecht ist durch die entsprechenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts umfassend und - im Grundsatz - abschließend geregelt. Die öffentlichrechtliche Namensänderung dient dazu, Unzuträglichkeiten im Einzelfall zu beseitigen. Sie hat Ausnahmecharakter. Dementsprechend ist vorrangig zu prüfen, ob das erstrebte Ziel nicht durch eine namensgestaltende Erklärung nach bürgerlichem Recht oder eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts erreicht werden kann».

VwV. Tuttavia, tali motivazioni sono da considerarsi solo semplici ipotesi tratte dai casi più comuni rilevati nella prassi e pertanto non hanno nessuna pretesa di esaustività⁶⁴. Dal chiarimento discende che ogni legittima ragione, anche se non compresa nel NamÄndVwV, possa essere presentata a sostegno della domanda.

Nel caso del signor *Mircea Florian* la causa giustificativa della sua richiesta può essere identificata dall'art. 49 NamÄndVwV⁶⁵, rubricato al punto «f) *Beseitigung hinkender Namensführung*⁶⁶» secondo il quale un cittadino tedesco, iscritto sotto un diverso nome all'anagrafe di un secondo Stato, anche non appartenente all'Unione europea, di cui possiede anche la nazionalità, può assumere nella RFT le generalità con cui è conosciuto in detto Stato allo scopo di eliminare ogni ambiguità nell'identificazione. La normativa non garantisce il riconoscimento automatico del nuovo nome in quanto l'art. 31 NamÄndVwV⁶⁷ stabilisce il potere discrezionale dell'autorità competente, ma concede nello stesso tempo al richiedente la facoltà di presentare appello ad un organo giurisdizionale in caso di rifiuto della sua istanza.

⁶⁴ Art. 33 NamÄndVwV: «Als Anhaltspunkte zur Feststellung des wichtigen Grundes für eine Änderung des Familiennamens werden nachstehend die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fallgruppen aufgeführt. Die für die Entscheidung gegebenen Hinweise sind im Interesse einer einheitlichen Handhabung zu beachten. Die Darstellung ist jedoch nur beispielhaft. Abweichungen im Sachverhalt können abweichende Entscheidungen rechtfertigen».

⁶⁵ Art. 49 NamÄndVwV: «Führt ein Deutscher, der auch eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, nach dem Recht des ausländischen Staates, dessen Staatsangehöriger er auch ist, einen anderen Familiennamen als den, den er nach dem Recht im Geltungsbereich des Gesetzes zu führen verpflichtet ist, so kann die hinkende Namensführung dadurch beseitigt werden, dass der im Geltungsbereich des Gesetzes zu führende Familienname in den Familiennamen geändert wird, der nach dem Recht des anderen Staates zu führen ist. Soll dagegen der andere Familienname aufgegeben werden, so ist der Betroffene an die Behörden des Staates zu verweisen, dessen Staatsangehörigkeit er auch besitzt».

⁶⁶ «*Hinkende Namensführung*» (letteralmente: gestione «zoppicante» del nome) definisce la scelta di un nome valido secondo il diritto tedesco, ma non secondo il diritto dello Stato di cittadinanza del coniuge o del minore. Per approfondire la questione anche attraverso alcuni esempi si veda T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Auflage Heidelberg, C.F. Müller GmbH, 2013, p. 169, par. 684-685, e p. 170, par. 690-691. L'espressione «*hinkende Namensführung*» è stata tradotta nelle versioni italiana delle conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. supra, nota 31, punto 24, con la locuzione «uso difforme del cognome». La traduzione letterale è stata utilizzata nelle versioni francese («*nom boiteux*») e inglese [«*"limping" name*»]. La versione olandese utilizza l'espressione «*gebreekkige namen*» (nomi difettosi).

⁶⁷ Art. 31 NamÄndVwV: «Ergibt die nach Nummer 28 vorzunehmende Gewichtung ein Überwiegen des schutzwürdigen Interesses des Antragstellers an der Änderung des Familiennamens und liegt somit ein wichtiger Grund für die Namensänderung vor, so ist dem Antrag in der Regel stattzugeben. Gesichtspunkte, die bereits bei der Abwägung zur Feststellung des wichtigen Grundes berücksichtigt worden sind, können als Ermessenserwägungen nicht mehr herangezogen werden. Liegt ein wichtiger Grund für die Namensänderung nicht vor, so ist der Antrag abzulehnen».

6. Il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione

Durante l'udienza, il Governo tedesco ha sostenuto che il potere discrezionale delle autorità di rifiutare il cambiamento di nome non può ridurre i diritti conferiti ai cittadini europei dai Trattati dal momento che l'ordinamento tedesco prescrive ad ogni organo amministrativo il rispetto dei limiti imposti «in particolare dal diritto dell'Unione»⁶⁸. Tale affermazione inserisce tra le ragioni legittime (*wichtige Gründe*) elencate nel NamÄndG ed esemplificate nel NamÄndVwV anche il rispetto degli artt. 18 e 21 TFUE⁶⁹. Di conseguenza la RFT ha concluso che le disposizioni nazionali sul cambiamento del nome non costituiscono una restrizione all'esercizio dei diritti garantiti dai Trattati⁷⁰. Tale tesi è rafforzata dal fatto che la possibilità di ricorrere alla vie giurisdizionali costituisce un ulteriore garanzia di tutela delle prerogative del singolo e del rispetto del diritto europeo⁷¹.

L'Avvocato Generale appare condividere tali argomentazioni dal momento che propone alla Corte di rispondere al giudice del rinvio che una disposizione nazionale che subordina il riconoscimento del nome acquisito in un secondo Stato membro ad un periodo di soggiorno in detto Stato membro (art. 48 EGBGB) non si pone in contrasto con il diritto dell'Unione qualora esistano altre disposizioni nazionali che consentano la tutela dei diritti riconosciuti dai Trattati al cittadino europeo⁷².

7. Il giudizio della Corte

I giudici di Lussemburgo hanno ribadito la costante giurisprudenza secondo la quale una divergenza tra i nomi con cui uno stesso individuo è identificato in due Stati membri potrebbe causare inconvenienti e confu-

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, *cit. supra*, nota 31, punto 75.

⁶⁹ «[L]'interpretazione della nozione di "motivo importante" nell'ambito della legge sulla modifica del nome dev'essere compiuta, a detta del governo medesimo, nel rispetto degli articoli 18 e 21 TFUE» (conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, *cit. supra*, nota 31, punto 75).

⁷⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, *cit. supra*, nota 31, punto 76.

⁷¹ Si veda ad esempio VG (Verwaltungsgericht; tribunale amministrativo) Würzburg, Urteil vom 21. März 2012, Az. W 6 K 10.1053 in cui i giudici amministrativi hanno annullato la decisione del *Landratsamt Würzburg* di non riconoscere la richiesta di trascrivere il cognome nella grafia albanese anziché nella grafia serba che un cittadino tedesco di origine kossovara aveva presentato dopo che il Kosovo era diventato indipendente.

⁷² Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 24 novembre 2016 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, *cit. supra*, nota 31, punto 77.

sioni nella vita quotidiana⁷³ ingenerando anche dubbi sulla reale appartenenza ad una stessa famiglia dei suoi membri⁷⁴.

Di conseguenza, non è possibile escludere che anche il signor *Mircea Florian Freitag*, cit. *supra*, nota 29, punto 36. Dello stesso tenore le sentenze della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, cit. *supra*, nota 25, punto 36 («una simile situazione di diversità di cognomi è tale da generare per gli interessati seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti, in particolare, dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza»); del 22 dicembre 2010 in causa n. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, cit. *supra*, nota 25, punto 66 («da una diversità tra i due nomi applicati ad una stessa persona possono nascere confusioni ed inconvenienti») e del 2 giugno 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, cit. *supra*, nota 25, punto 38 («il diniego (...) di riconoscere i nomi e il cognome che [un cittadino europeo ...] abbia acquisito in un altro Stato membro deve essere tale da generare per il medesimo "seri inconvenienti" di ordine amministrativo, professionale e privato»).

Dopo questa puntualizzazione, i giudici di Lussemburgo hanno confermato che gli Stati membri possono disciplinare secondo le loro tradizioni le procedure con cui riconoscere il nome acquisito in un secondo Stato mem-

⁷³ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. *supra*, nota 29, punto 36. Dello stesso tenore le sentenze della Corte di giustizia del 12 maggio 2011 in causa n. C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn e Lukasz Pawel Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, cit. *supra*, nota 25, punto 73, e del 2 giugno 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, cit. *supra*, nota 25, punto 43 in cui si sottolinea che «numerose attività della vita quotidiana, sia in ambito pubblico che privato, richiedono di fornire la prova della propria identità e, trattandosi di una famiglia, la prova della natura dei vincoli familiari esistenti fra i vari membri della stessa».

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. *supra*, nota 29, punto 37. Dello stesso tenore sentenze della Corte di giustizia del 12 maggio 2011 in causa n. C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn e Lukasz Pawel Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, cit. *supra*, nota 25, punto 73, e del 2 giugno 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, cit. *supra*, nota 25, punto 43 in cui si sottolinea che «numerose attività della vita quotidiana, sia in ambito pubblico che privato, richiedono di fornire la prova della propria identità e, trattandosi di una famiglia, la prova della natura dei vincoli familiari esistenti fra i vari membri della stessa».

⁷⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. *supra*, nota 29, punto 38.

⁷⁶ *Ivi*, punto 39.

bro. Tali norme non devono, tuttavia, rendere «impossibile o eccessivamente difficile (...) l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione (principio di effettività)»⁷⁷. La precisazione riconosce che, in mancanza di particolari norme dell'Unione, ogni Stato membro è libero di stabilire la forma con cui disciplinare la materia purché assicurati ad ogni cittadino europeo l'agevole fruizione delle prerogative stabilite nei Trattati⁷⁸.

Pertanto, la Corte invita il giudice di rinvio a valutare se il complesso della normativa nazionale possa garantire il rispetto dell'art. 21 TFUE assicurando il riconoscimento del nome ottenuto in un secondo Stato membro anche quando il collegamento tra richiedente e detto Stato membro sia costituito solo dalla cittadinanza e non dalla residenza abituale⁷⁹.

8. Conclusioni

La Corte è stata investita per la prima volta di una problematica riguardante il nome nel 1993⁸⁰. Nei circa venticinque anni trascorsi da questa prima sentenza, i giudici nazionali hanno sottoposto una questione pregiudiziale su tale materia in altre cinque occasioni⁸¹ prima del caso oggetto del presente commento. Pur non disponendo di elementi concreti, appare ragionevole presumere che il numero di casi sottoposti ai giudici di Lussemburgo sia oggettivamente esiguo rispetto alle vertenze riguardanti questo argomento dibattute dai tribunali nazionali nello stesso periodo. Tuttavia, è necessario considerare che il semplice dato quantitativo può condurre a conclusioni del tutto arbitrarie quando non sia sostenuto da ulteriori elementi qualitativi. Ad esempio, sarebbe azzardato desumere dalla percentuale di questioni pregiudiziali provenienti dalla RFT (57%, 4 su 7) una particolare attenzione dei giudici tedeschi alle questioni di cambiamento di nome o che le richieste in tal senso siano particolarmente numerose in questo Stato membro.

⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2017 in causa n. C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, cit. supra, nota 29, punto 42.

⁷⁸ Ivi, punto 41.

⁷⁹ Ivi, punti 45 e 46.

⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 30 marzo 1993 in causa n. C-168/91, *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, cit. supra, nota 25.

⁸¹ Sentenze della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, cit. supra, nota 25; del 14 ottobre 2008 in causa n. C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, cit. supra, nota 25; del 12 maggio 2011 in causa n. C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn e Łukasz Paweł Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, cit. supra, nota 25; del 22 dicembre 2010 in causa n. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, cit. supra, nota 25; del 2 giugno 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, cit. supra, nota 25.

L'esiguo numero di questioni pregiudiziali non sembra pertanto un parametro in grado di avvalorare una tesi relativa all'accettazione o al rifiuto del primato del diritto Ue sulle problematiche del nome. L'eventuale decisione di un giudice nazionale di richiedere chiarimenti interpretativi alla Corte di giustizia può dipendere da motivazioni di cui solo l'analisi di ogni singolo caso potrebbe consentire l'emersione.

In presenza di una controversia nei fatti identica o simile ad una questione già risolta dalla giurisprudenza dell'Unione, il giudice nazionale non ha necessità di ulteriori chiarimenti. È indiscutibile, ad esempio, che i principi della sentenza *Garcia Avello*⁸² siano stati tenuti in considerazione dal tribunale italiano⁸³ nel decreto con cui ha stabilito che «la doppia cittadinanza del minore legittima i suoi genitori a pretendere che vengano riconosciuti nell'ordinamento italiano il diritto e la tradizione spagnoli per (...) il cognome dei figli [... in quanto] solo così sono garantiti al minore il diritto ad avere riconosciuta nell'ambito dell'Unione una sola identità personale e familiare».

In altri casi, l'organo giudicante può aver ritenuto superfluo rivolgersi alla Corte di giustizia nella convinzione che il legislatore nazionale avesse adeguato la normativa nazionale alla giurisprudenza europea. Questa consapevolezza può aver indotto l'*Oberlandesgericht Nürnberg* a sancire che il campo di applicazione dell'art. 48 EGBGB è limitato ai casi in cui la modifica del nome derivi da circostanze quali nascita, matrimonio o adozione escludendo cambiamenti dettati da ragioni di natura personale⁸⁴.

L'accettazione del primato del diritto Ue sembra forse maggiormente deducibile dall'evoluzione delle osservazioni presentate durante le udienze dagli Stati membri.

Nel caso *Garcia Avello* «[i] governi belga, danese ed olandese sostengono [corsivo aggiunto] che la [... questione riguardante il nome] non ricade *assolutamente* [corsivo aggiunto] nell'ambito di applicazione del diritto comunitario»⁸⁵. La riluttanza ad abdicare ad una prerogativa nazionale traspare anche nel momento in cui «il governo lituano (...) afferma che a

⁸² Sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, cit. supra, nota 25.

⁸³ Tribunale di Bologna, decreto del 9 giugno 2004.

⁸⁴ *Oberlandesgericht Nürnberg, Beschluss vom 2. Juni 2015, Az. 11 W 2151/14.*

⁸⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs presentate il 22 maggio 2003 in causa n. C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613, EU:C: 2003:311, punto 45. Le versioni spagnole [«la situación (...) no está comprendida en absoluto»], inglese [«the situation (...) does not fall within the sphere of Community law at all»], francese [«la situation (...) ne relève absolument pas du droit communautaire»] e tedesco [«der Sachverhalt (...) falle überhaupt nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts»] mantengono lo stesso tono perentorio.

nessuno Stato membro deve essere imposto di riconoscere nomi attribuiti ai suoi cittadini conformemente al diritto straniero se tali nomi risultano incompatibili con la struttura della sua lingua nazionale»⁸⁶ ed ancora di più nelle parole del Governo ceco il quale ritiene che le questioni pregiudiziali «siano irricevibili in quanto relative alle norme nazionali che disciplinano la grafia del nome e del cognome»⁸⁷.

Il tentativo di sostenere l'autonomia nazionale sembra aver perso consistenza con il crescere della visibilità della Corte. Infatti, la giurisprudenza consente di scorgere una posizione sempre meno intransigente degli Stati membri. Nelle questioni sui nomi, tale impressione emerge nel momento in cui si osserva che «i governi (...) ritengono [corsivo aggiunto] che non sussista alcun ostacolo alla libertà di circolazione»⁸⁸ oppure che «il servizio giuridico centrale (...) e il governo tedesco ritengono [corsivo aggiunto] che, (...) poiché il signor Bogendorff von Wolffersdorff possiede la cittadinanza tedesca, soltanto il diritto tedesco debba essere applicato al suo cambiamento di nome»⁸⁹. Il «sostengono assolutamente» in *Garcia Avello* ha lasciato il posto ad un meno perentorio «ritengono» in *Sayn-Wittgenstein e Bogendorff von Wolffersdorff*. In ultimo, nel caso *Freitag*, qui commentato, non è segnalata nessuna obiezione da parte gli Stati membri sulla competenza della Corte.

Nonostante possa trasparire negli esempi una progressiva evoluzione nell'approccio dei governi nazionali, non si può escludere la possibilità

⁸⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 24 aprile 2008 in causa n. C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7639, EU:C:2008:246, punto 84.

⁸⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen presentate il 16 dicembre 2010 in causa n. C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn e Łukasz Paweł Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3787, EU:C:2010:784, punto 34.

⁸⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, *cit. supra*, nota 25, punto 44. Le versioni spagnola [«Los Gobiernos (...) estiman (...) que no existe obstáculo a la libertad de circulación»], inglese [«The governments (...) consider (...) that there is no obstacle to the freedom of movement»], francese [«Les gouvernements (...) estiment (...) qu'il n'existe pas d'entrave à la liberté de circulation»] e tedesca [«Die Regierungen (...) sind (...) der Auffassung, dass keine Beeinträchtigung der Freizügigkeit (...) vorliege»] hanno lo stesso tenore.

⁸⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wathelet presentate il 14 gennaio 2016 in causa n. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, *cit. supra*, nota 41, punto 28. Nelle versioni spagnola [«el servicio jurídico central (...) y el Gobierno alemán consideran que (...) dado que el Sr. Bogendorff von Wolffersdorff tiene la nacionalidad alemana, a su cambio de apellido sólo le es aplicable el Derecho alemán.»], inglese [«the central legal service (...) and the German Government consider that (...) only German law applies to his change of name»], francese [«le service juridique central (...) et le gouvernement allemand estiment que (...) M. Bogendorff von Wolffersdorff étant de nationalité allemande, seul le droit allemand s'applique à son changement de nom»] e tedesca [«der Zentrale Juristische Dienst (...) und die deutsche Regierung der Auffassung, dass (...) von Herrn Bogendorff von Wolffersdorff allein das deutsche Recht auf seine Namensänderung anwendbar sei»] si ritrova lo stesso senso.

che le deduzioni siano errate. Nessuna prova inoppugnabile consente infatti di confermare le conclusioni del ragionamento dal momento che gli esempi potrebbero essere semplici coincidenze e non l'espressione di un reale cambiamento di indirizzo.

Federico Forni**

SINTESI

La Corte di giustizia si è interessata di una normativa della Repubblica federale tedesca che subordina il riconoscimento del nome di un suo cittadino, in possesso anche della nazionalità di un diverso Stato membro, alla residenza abituale nel secondo Paese Ue. La Germania ha chiarito che l'ordinamento nazionale contiene altre norme che consentono il cambiamento di nome purché l'istanza sia giustificata da ragioni legittime come il rispetto del diritto dell'Unione. Tale asserzione costituisce un elemento di novità rispetto al passato anche recente in cui il Governo interessato tendeva a giustificare la propria posizione. Prendendo spunto da questa considerazione, il commento ripercorre brevemente l'evoluzione del pensiero degli Stati membri attraverso le loro dichiarazioni nei casi riguardanti i cambiamenti di generalità. Dopo aver inizialmente contestato la pertinenza dell'Unione in tale materia, la sentenza *Freitag* (causa n. C-541/15) potrebbe evidenziare l'odierno implicito riconoscimento della supremazia del diritto dell'Unione anche in questo campo.

ABSTRACT

The Court of Justice has examined a provision of a Member State (Federal Republic of Germany) subordinating the recognition of the name of a citizen, also having the nationality of a second Member State, to the habitual residence in the latter Member State. The German government clarified that the national legal system contains other rules allowing the change of name provided that the request is justified by legitimate reasons such as the respect of EU law. This assertion is a novelty if compared with the recent past in which the government concerned tended to justify its provisions on the change of names. Taking this into account, the comment briefly reflects on the evolution of the Member States' practices by considering their statements in the cases concerning the name. Whereas Member States were initially contesting the impact of the Union legal system in this matter, the Freitag ruling (case No C-541/15) could highlight today implicit recognition of the supremacy of EU law also in this area.

** Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Autorità europea per la sicurezza alimentare, Parma

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA CHIARISCE LA NOZIONE DI CONSUMATORE NELL'AMBITO DEL SOCIAL NETWORK FACEBOOK

Corte di giustizia

Sentenza del 25 gennaio 2018 in causa n. C-498/16

Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Cooperazione giudiziaria in materia civile - Artt. 15 e 16 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Contratti conclusi da consumatori - Nozione di «consumatore» - *Social media* - *Account* Facebook e pagine Facebook - Cessione di diritti da parte di consumatori domiciliati nello stesso Stato membro, in altri Stati membri e in Paesi terzi - Azione collettiva.

L'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che un utilizzatore di un account Facebook privato non perde la qualità di «consumatore», ai sensi di tale articolo, allorché pubblica libri, tiene conferenze, gestisce siti internet, raccoglie donazioni e si fa cedere i diritti da numerosi consumatori al fine di far valere in giudizio tali diritti¹.

L'art. 16, par. 1, del Regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che esso non si applica all'azione di un consumatore diretta a far valere, dinanzi al giudice del luogo in cui questi è domiciliato, non soltanto diritti propri ma anche diritti ceduti da altri consumatori domiciliati nello stesso Stato membro, in altri Stati membri oppure in Stati terzi².

* A cura di ENRICA ADOBATI.

¹⁻² Il signor Schrems ha avviato un'azione giudiziaria nei confronti di Facebook Ireland Limited dinanzi a un giudice austriaco affermando che la società avrebbe violato i suoi diritti alla riservatezza e alla protezione dei dati personali. In risposta ad un invito in tal senso da lui pubblicato su internet, altri sette utenti Facebook hanno ceduto al signor Schrems i loro diritti a contestare le medesime violazioni. Si tratta di utenti domiciliati in Austria, in altri Stati membri dell'Unione e in Paesi terzi.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 15 e 16 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Schrems, domiciliato in Austria e, dall'altro lato, Facebook Ireland Limited, con sede in Irlanda, diretta a far dichiarare invalide alcune clausole contrattuali e per far condannare Facebook a cessare l'uso dei dati personali per fini propri e per fini di terzi e a pagare il risarcimento dei danni. Nella propria difesa Facebook ha dichiarato l'incompetenza dei giudici austriaci in quanto il ricorrente non avrebbe potuto invocare il foro del consumatore previsto dalla direttiva perché utilizzava la pagine Facebook anche per fornire informazioni e non sarebbe stato, quindi, un consumatore.

La Corte di giustizia, investita della questione dal giudice del rinvio, ha chiarito che un utilizzatore di un *account* di Facebook non perde la qualità di consumatore quando pubblica libri, tiene conferenze, gestisce siti internet e si fa cedere i diritti dai consumatori per far valere in giudizio tali diritti (sulla nozione di consumatore cfr. sentenze del 28 gennaio 2015 in causa n. C-375/13, *Kolassa*, EU:C:2015:37; del 5 dicembre 2013 in causa n. C-508/12, *Vapenik*, EU:C:2013:790; del 3 luglio 1997 in causa n. C-269/95, *Benincasa*, EU:C:1997:337, annotata in questa *Rivista*, da A. GRATANI, *La nozione di «consumatore» nella Convenzione di Bruxelles*, 1997, p. 510 ss.; del 20 gennaio 2005 in causa n. C-464/01, *Gruber*, EU:C:2005:32 e del 3 settembre 2015 in causa n. C-110/14, *Costea*, EU:C:2015:538, massimata in questa *Rivista*, 2015, p. 423). Per contro, a parere della Corte di giustizia, il signor Schrems non può invocare il foro del consumatore dinanzi al giudice del luogo in cui è domiciliato per far valere oltre ai propri diritti, anche i diritti che gli sono stati ceduti da altri consumatori domiciliati nello stesso Stato membro, in Stati terzi e in altri Stati membri. Ne consegue che l'art. 16, par. 1, del Regolamento n. 44/2001 non introduce una competenza giurisdizionale speciale aggiuntiva presso il domicilio del cessionario non offrendo così, di fatto, a quest'ultimo la possibilità di raccogliere i diritti dei consumatori in tutto il mondo.

UN'ORGANIZZAZIONE RELIGIOSA PUÒ SCEGLIERE I PROPRI LAVORATORI PER LE LORO CONVINZIONI PERSONALI SE CIÒ È ESSENZIALE, LEGITTIMO E GIUSTIFICATO

Corte di giustizia

Sentenza del 17 aprile 2018 in causa n. C-414/16

Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali - Scelta dei collaboratori per le loro convin-

zioni personali - Attività professionali di Chiese o di altre organizzazioni - Etica fondata sulla religione o sulle convinzioni personali - Religione o convinzioni personali che costituiscono un requisito essenziale, legittimo e giustificato - Rigetto della candidatura - Art. 17 TFUE - Artt. 10, 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Art. 9 CEDU - Principio di proporzionalità - Controllo giurisdizionale.

L'art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in combinato disposto con gli artt. 9 e 10 di quest'ultima, nonché con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che, qualora una Chiesa o un'altra organizzazione la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali allegghi, a sostegno di un atto o di una decisione quale il rigetto di una candidatura a un posto di lavoro al suo interno, che, per la natura delle attività di cui trattasi o per il contesto in cui tali attività devono essere espletate, la religione costituisce un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa o di tale organizzazione, una siffatta allegazione deve, se del caso, poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurarsi che, nel caso di specie, siano soddisfatti i criteri di cui all'art. 4, par. 2, della suddetta direttiva¹.

L'art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce deve essere interpretato nel senso che il requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa ivi previsto rinvia a un requisito necessario e oggettivamente dettato, tenuto conto dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione di cui trattasi, dalla natura o dalle condizioni di esercizio dell'attività professionale in questione, e non può includere considerazioni estranee a tale etica o al diritto all'autonomia di detta Chiesa o di detta organizzazione. Tale requisito deve essere conforme al principio di proporzionalità².

Un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli artt. 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria³.

¹⁻³ La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce (in *Guce* n. L 303 del 2000, p. 16) sollevata dal Bundesarbeitsgericht (Corte

federale del lavoro tedesca) è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la signora Vera Egenberger e l'Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV (Opera della Chiesa evangelica per la Diaconia e lo Sviluppo; di seguito denominata «l'Opera»), relativa a una domanda di risarcimento proposta dalla signora Egenberger a motivo di una discriminazione fondata sulla religione di cui sostiene di essere stata vittima nell'ambito di una procedura di assunzione. La ricorrente presentava la propria candidatura per un posto vacante presso l'Evangelisches Werk; l'offerta specificava che tra i requisiti che i candidati dovevano soddisfare vi era l'appartenenza a una Chiesa evangelica oppure a una chiesa rientrante nelle Chiese cristiane in Germania e nel *curriculum* doveva essere indicata la religione di appartenenza.

La ricorrente, ritenendo di essere stata vittima di una discriminazione fondata sulla religione per non essere stata convocata al colloquio, ha citato l'Evangelisches Werk dinanzi ai giudici tedeschi chiedendo un risarcimento. La Corte federale tedesca adita ha ritenuto di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire in *primis* se una Chiesa o un'altra organizzazione religiosa possa prevedere, come requisito per l'assunzione, l'appartenenza ad una fede religiosa. La Corte ha chiarito che la circostanza, sopra esposta, deve poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo per poter accertare la conformità alla direttiva n. 2000/78/Ce.

La Corte di giustizia è stata, altresì, invitata a chiarire i criteri in base ai quali una religione debba essere considerata un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento di un'attività lavorativa ed è compito del giudice nazionale determinare se tali criteri vengano soddisfatti (sulla valutazione della legittimità dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione, cfr. Corte EDU, 12 giugno 2014, *Fernández Martínez c. Spagna*, CE:ECHR:2014:0612JUD005603007). Il carattere essenziale significa che l'appartenenza ad una determinata chiesa deve apparire necessaria; il carattere legittimo significa che tale appartenenza non deve essere utilizzata per un fine estraneo all'etica della chiesa considerata; infine, il carattere giustificato significa che la Chiesa o l'associazione che hanno stabilito il requisito hanno l'obbligo di dimostrare che esso è effettivamente necessario. Inoltre, ai sensi della direttiva comunitaria il requisito deve essere conforme al principio di proporzionalità, quale principio generale del diritto dell'Unione (sul rispetto del principio di proporzionalità: sentenze del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, EU:C:2003:333, annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 558 nonché dell'11 dicembre 2007 in causa n. C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, EU:C:2007:772, e, ancora, sentenze del 6 marzo 2014 in causa n. C-206/13, *Siragusa*, EU:C:2014:126 e del 9 luglio 2015 in causa n. C-153/14, *K e A*, EU:C:2015:453).

Infine, sulla questione se il giudice nazionale abbia l'obbligo di disapplicare una disposizione nazionale che non possa essere interpretata in conformità all'art. 4, par. 2, della direttiva, la Corte di giustizia ha statuito che spetta ai giudici nazionali interpretare il diritto nazionale che traspone la direttiva per quanto più possibile conforme ad essa. Inoltre, secondo la Corte, il fatto che trovino applicazione al caso di specie gli artt. 21 (discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali) e 47 (tutela giurisdizionale effettiva) della Carta dei diritti fondamentali, è sufficiente a conferire ai soggetti privati un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li oppone ad un altro privato (sull'effetto imperativo che esplica il divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali, derivanti da contratti conclusi tra privati: sentenze dell'8 aprile 1976 in causa n. 43/75, *Defrenne*, EU:C:1976:56; del 6 giugno 2000 in causa n. C-281/98, *Angonese*, EU:C:2000:296, massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 634; del 3 ottobre 2000 in causa n. C-411/98, *Ferlini*, EU:C:2000:530, nonché dell'11 dicembre 2007 in causa n. C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, EU:C:2007:772).

**LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL REGOLAMENTO
N. 261/2004 PER INDIVIDUARE LE CIRCOSTANZE ECCEZIONALI
CHE CONSENTANO AD UN VETTORE AEREO DI SOTTRARSI
AL RISARCIMENTO DEI PASSEGGERI E DI CIRCOSCRIVERE
LE COMPENSAZIONI IN CASO DI RITARDI**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 17 aprile 2018 in cause riunite n. C-195/17, da n. C-197/17 a n. C-203/17, n. C-226/17, n. C-228/17, n. C-254/17, n. C-274/17, n. C-275/17, da n. C-278/17 a n. C-286/17 e da n. C-290/17 a n. C-292/17

Helga Krüsemann e altri c. TUIfly GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto - Art. 5, par. 3 - Art. 7, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Diritto alla compensazione - Esenzione - Nozione di «circostanze eccezionali» - Assenza di personale di volo dovuta al c.d. «sciopero selvaggio» mascherato da congedo per malattia - Ristrutturazione dell'azienda - Nesso di causalità - Evitabilità - Obiettivo del Regolamento di garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri nonché condizioni armonizzate di esercizio dell'attività di vettore aereo nel territorio dell'Unione europea.

L'art. 5, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, letto alla luce del considerando 14 dello stesso, dev'essere interpretato nel senso che l'assenza spontanea di una parte significativa del personale di volo («sciopero selvaggio»), come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che trae origine dall'annuncio a sorpresa da parte di un vettore aereo operativo di una ristrutturazione dell'impresa, a seguito di un appello diffuso non dai rappresentanti dei dipendenti dell'impresa, bensì spontaneamente dai dipendenti stessi, i quali si sono

messi in congedo di malattia, non rientra nella nozione di «circostanze eccezionali» ai sensi di tale disposizione¹.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 7 marzo 2018 in causa n. C-274/16, n. C-447/16 e n. C-448/16

flightright GmbH c. Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA (C-274/16), Roland Becker c. Hainan Airlines Co. Ltd (C-447/16), e Mohamed Barkan, Souad Asbai, Assia Barkan, Zakaria Barkan, Nousaiba Barkan c. Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA (C-448/16)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale - Art. 5, punto 1, del Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Art. 7, punto 1, del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 - Nozione di «materia contrattuale» - Contratto di prestazione di servizi - Viaggi aerei con tratte multiple - Prestazione di servizi - Nozione di «luogo di esecuzione» - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Diritto dei passeggeri alla compensazione - Compensazione pecuniaria proposta nei confronti del vettore aereo operativo non domiciliato in uno Stato membro o con il quale i passeggeri non hanno alcun vincolo contrattuale - Nozione di «materia contrattuale».

L'art. 5, punto 1, lett. b., secondo trattino, del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, dev'essere interpretato nel senso che non si applica ad un convenuto, come quello di cui al procedimento principale, domiciliato in uno Stato terzo².

L'art. 5, punto 1, lett. a., del Regolamento n. 44/2001 dev'essere interpretato nel senso che la nozione di «materia contrattuale», ai sensi di tale disposizione, include anche l'azione di un passeggero aereo diretta a ottenere una compensazione pecuniaria per ritardo prolungato di un volo con coincidenza, proposta sul fondamento del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo pro-

lungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, nei confronti di un vettore aereo operativo che non sia la controparte contrattuale del passeggero interessato³.

L'art. 5, punto 1, lett. b., secondo trattino, del Regolamento n. 44/2001 e l'art. 7, punto 1, lett. b., secondo trattino, del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, devono essere interpretati nel senso che, in caso di volo con coincidenza, costituisce il «luogo di esecuzione» di tale volo, ai sensi di tali disposizioni, il luogo di arrivo del secondo volo, qualora il trasporto sui due voli sia effettuato da due vettori aerei diversi e il ricorso per compensazione pecuniaria in ragione del ritardo prolungato di tale volo con coincidenza ai sensi del Regolamento n. 261/2004 sia fondato su un problema verificatosi sul primo di detti voli, operato dal vettore aereo che non è la controparte contrattuale dei passeggeri interessati⁴.

III

Corte di giustizia

Sentenza del 31 maggio 2018 in causa n. C-537/17

Claudia Wegener c. Royal Air Maroc SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Art. 3, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Ambito di applicazione del Regolamento ai passeggeri in partenza da un aeroporto situato in uno Stato membro - Nozione di «volo in coincidenza» - Volo in partenza da un aeroporto situato in uno Stato membro, che prevede una coincidenza in un aeroporto di uno Stato terzo e avente destinazione finale in un altro aeroporto di tale Stato terzo - Unica prenotazione - Ritardo - Definizione di «volo in coincidenza» - Applicabilità del Regolamento.

L'art. 3, n. 1, lett. a., del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, deve essere interpretato nel senso che tale Regolamento si applica al trasporto di passeggeri effettuato in

*virtù di un'unica prenotazione e che preveda, tra la partenza da un aeroporto situato in uno Stato membro e l'arrivo in un aeroporto situato in uno Stato terzo, uno scalo programmato al di fuori dell'Unione europea, con un cambio di aeromobile*⁵.

¹⁻⁵ Con le tre sentenze, sopra massimate, la Corte di giustizia ha interpretato il Regolamento (Ce) n. 261/2004 (in *Guce* n. L 338 del 2003, p. 1) in ambiti differenti. Nella causa *Helga Krüsemann e altri* la Corte di giustizia è stata chiamata a chiarire se lo «sciopero selvaggio» (giustificato per malattia), possa configurarsi come una circostanza eccezionale ai sensi dell'art. 5, par. 3, del Regolamento, in modo tale che un vettore aereo non sia tenuto a pagare una compensazione pecuniaria ai passeggeri che subiscono ritardi e cancellazioni del volo in conseguenza dello sciopero. L'Amtsgericht Hannover (Tribunale circoscrizionale di Hannover, Germania) e l'Amtsgericht Düsseldorf (Tribunale circoscrizionale di Düsseldorf, Germania), dinanzi ai quali diversi passeggeri hanno proposto ricorso per ottenere una compensazione pecuniaria si sono rivolti alla Corte per chiarire la nozione di «circostanze eccezionali» di cui al Regolamento.

Possono essere considerate «circostanze eccezionali» gli eventi che, per la loro natura o la loro origine, non sono inerenti al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfuggono all'effettivo controllo di quest'ultimo (cfr. sentenza del 4 maggio 2017 in causa n. C-315/15, *Pešková e Peška*, EU:C:2017:342). Considerato che tali circostanze possono, in particolare, ricorrere nel caso di scioperi che si ripercuotono sull'attività di un vettore aereo operativo, occorre, a parere della Corte di giustizia verificare se le circostanze soddisfino le condizioni previste dal Regolamento stesso (cfr. sentenza del 22 dicembre 2008 in causa n. C-549/07, *Wallentin-Hermann*, EU:C:2008:771, massimata in questa *Rivista*, 2008, p. 791). Nel caso di specie, lo sciopero selvaggio posto in essere da parte del personale del vettore aereo trae origine dall'annuncio a sorpresa da parte della direzione del vettore aereo di una ristrutturazione dell'impresa. In seguito, i dipendenti stessi si sono messi in congedo di malattia in segno di protesta e, per circa una settimana, la percentuale di assenze del personale di volo è stata elevata.

A parere della Corte di giustizia, i rischi derivanti dalle conseguenze sociali derivanti dalle misure di ristrutturazione e di riorganizzazione societaria sono inerenti al normale esercizio dell'attività del vettore aereo. Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che lo sciopero selvaggio posto in essere dal personale della compagnia aerea non può essere considerata una circostanza eccezionale che sfugge all'effettivo controllo del vettore aereo e, pertanto, la compagnia stessa non può essere esonerata dal pagamento di una compensazione ai passeggeri che hanno subito le conseguenze.

Nella causa n. C-537/17 la domanda pregiudiziale, sollevata dal Tribunale del *Land* di Berlino, è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la signora Claudia Wegener e, dall'altro lato, la Royal Air Maroc SA in merito ad una richiesta di compensazione a causa di ritardo prolungato di un volo. La ricorrente, infatti, a causa della riassegnazione del suo posto ad altro passeggero per la coincidenza verso Agadir (Marocco), ha subito un ritardo di quattro ore rispetto all'orario previsto. La richiesta di indennizzo è stata rifiutata a causa del fatto che il Regolamento n. 261/2004 non si applica ai voli effettuati al di fuori dell'Unione europea: la ricorrente aveva volato con due voli: Berlino-Casablanca e Casablanca-Agadir (cfr. sentenza del 26 febbraio 2013 in causa n. C-11/11, *Folkerts*, EU:C:2013:106, massimata in questa *Rivista*, 2013, p. 152).

La questione era quella di stabilire se i due voli debbano essere considerati come un unico volo o se debbano, invece, essere considerati separatamente. A parere della Corte, quando i voli costituiscono l'oggetto di un'unica prenotazione sono considerati come un solo ed unico volo in coincidenza e rientrano, pertanto, nell'ambito di applicazione del Regolamento.

Infine, anche le cause riunite n. C-274/16, n. C-447/16 e n. C-448/16 riguardano tre domande di compensazione pecuniaria ai sensi del Regolamento (Ce) n. 261/2004, proposte nei confronti di compagnie aeree per ritardi e negato imbarco su diversi segmenti di viaggi aerei con tratte multiple.

Due ricorsi (n. C-274/16 e n. C-448/16) hanno un elemento in comune, ossia un viaggio

aereo consistente in due tratte di volo venduto ai passeggeri dal vettore aereo contrattuale. Quest'ultimo ha operato direttamente solo la seconda tratta del volo, mentre la prima tratta è stata operata dal vettore aereo operativo. In entrambi i casi, la prima tratta del volo ha subito un ritardo, cosicché i passeggeri hanno perso il volo in coincidenza. I passeggeri hanno azionato i loro diritti nei confronti del vettore aereo operativo dinanzi ai giudici tedeschi, ove la Germania era il luogo di destinazione della seconda tratta del viaggio aereo. Tuttavia, il vettore ha operato la prima tratta del viaggio aereo che non iniziava, né terminava in Germania.

Il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia) e l'Amtsgericht Düsseldorf (Tribunale circoscrizionale di Düsseldorf) si sono rivolti alla Corte di giustizia per far chiarire se i giudici tedeschi abbiano la competenza giurisdizionale sulle azioni proposte dai passeggeri nei confronti di una compagnia aerea che ha sede in un altro Stato membro, ha operato solo i primi voli interni in quest'altro Stato membro e non è la controparte contrattuale. La Corte ha concluso che la destinazione finale in Germania viene considerata come il luogo di esecuzione delle prestazioni da fornire per entrambi i voli. I giudici tedeschi hanno, pertanto, la competenza giurisdizionale per le azioni relative alle richieste di compensazione pecuniaria nei confronti del vettore aereo.

Nella terza causa (C-447/16) l'azione è stata proposta nei confronti di una compagnia aerea cinese che era anche il vettore aereo contrattuale del passeggero per la tratta del volo controversa. Tuttavia, la questione relativa alla competenza giurisdizionale ha assunto, in questo caso, natura diversa, in quanto il vettore aereo che ha negato l'imbarco ha sede al di fuori dell'Unione europea. In proposito, la Corte di giustizia ha statuito che se la compagnia aerea (la Hainan Airlines Co. Ltd) non è domiciliata nel territorio di uno Stato membro, la competenza giurisdizionale internazionale è disciplinata dalla legge di ciascun Stato membro.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SPECIFICA CHE GLI AGENTI COMMERCIALI HANNO DIRITTO ALL'INDENNITÀ SULLA BASE DELLA DIRETTIVA N. 86/653/CEE QUANDO LA CESSAZIONE DEL CONTRATTO DI AGENZIA SI VERIFICA NEL PERIODO DI PROVA

Corte di giustizia

Sentenza del 19 aprile 2018 in causa n. C-645/16

Conseils et mise en relations (CMR) Sarl c. Demeures terre et tradition Sarl

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Agenti commerciali indipendenti - Art. 17 della direttiva n. 86/653/Cee - Diritto dell'agente commerciale ad una indennità o al risarcimento del danno a seguito della cessazione del contratto di agenzia commerciale - Prassi nazionale volta ad escludere il diritto all'indennità in caso di risoluzione del contratto durante il periodo di prova contrattualmente pattuito - Applicabilità della direttiva.

L'art. 17 della direttiva n. 86/653/Cee del Consiglio del 18 dicembre 1986, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, dev'essere interpretato nel senso che la disciplina dell'indennità e del risarcimento ivi prevista, rispettivamente ai par. 2 e 3, è applicabile nel caso in cui la cessazione del contratto di agenzia commerciale abbia luogo nel corso del periodo di prova pattuito nel contratto stesso¹.

¹ La questione pregiudiziale, proposta dalla Cour de cassation (Francia), sull'interpretazione dell'art. 17 della direttiva n. 86/653/Cee (in *Guce* n. L 382 del 1986, p. 17) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il *Conseils et mise en relations (CMR) SARL* e, dall'altro lato, la *Demeures terre et tradition SARL* (di seguito denominata: DTT) per il pagamento di un'indennità compensativa alla CMR in riparazione del pregiudizio derivante dall'estinzione del contratto di agenzia commerciale stipulato con la DTT.

La questione sottoposta alla Corte ha riguardato l'applicabilità dell'art. 17 della direttiva n. 86/653/Cee nelle situazioni in cui le parti di un contratto di agenzia commerciale abbiano previsto in contratto un periodo di prova durante il quale il contratto è stato risolto dal preponente. Si pone, dunque, la questione della liceità della stipulazione di un periodo di prova avente l'effetto di escludere l'applicazione delle disposizioni della direttiva n. 86/653/Cee.

La Corte, sul punto, ha precisato che la direttiva, non contenendo alcun riferimento alla nozione di «periodo di prova», non considera vietata tale pattuizione rientrando nella libertà contrattuale delle parti. Per contro, al periodo di prova non possono essere attribuiti effetti giuridici idonei a pregiudicare la piena effettività della direttiva in quanto l'indennità e il risarcimento del danno previsti non sanzionano la risoluzione del contratto, ma indennizzano l'agente commerciale per le prestazioni compiute (cfr. sentenze del 28 ottobre 2010 in causa n. C-203/09, *Volvo Car Germany*, EU:C:2010:647, massimata in questa *Rivista*, 2010, p. 709; del 17 maggio 2017 in causa n. C-48/16, *ERGO Poist'ovňa*, EU:C:2017:377; del 17 ottobre 2013 in causa n. C-184/12, *Unamar*, EU:C:2013:663; del 9 novembre 2000 in causa n. C-381/98, *Ingmar*, EU:C:2000:605, massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 299; del 23 marzo 2006 in causa n. C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, EU:C:2006:199; sull'esclusione di qualsiasi interpretazione dell'art. 17 della direttiva che possa risolversi a detrimento dell'agente commerciale (cfr. sentenza del 26 marzo 2009 in causa n. C-348/07, *Semen*, EU:C:2009:195).

Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che all'agente commerciale non possono essere negati l'indennità o il risarcimento unicamente per il solo fatto che la cessazione del rapporto contrattuale si è verificata durante il periodo di prova.

**IL SOGGETTO CHE È STATO VITTIMA IN PASSATO
DI ATTI DI TORTURA NEL PROPRIO PAESE D'ORIGINE
PUÒ INVOCARE LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA PREVISTA
DALLA DIRETTIVA N. 2004/83/CE SE PROVA DI NON POTER
ESSERE CURATO IN MANIERA ADEGUATA IN TALE PAESE**

Corte di giustizia

Sentenza del 24 aprile 2018 in causa n. C-353/16

MP c. Secretary of State for the Home Department

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica d'asilo - Protezione internazionale - Art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Rispetto della dignità umana - Art. 2, lett. e., art. 4 della direttiva n. 2004/83/Ce - Condizioni per la concessione dello *status* di rifugiati - Protezione sussidiaria - Tortura o trattamento inumano o degradante - Art. 15, lett. b. della direttiva n. 2004/83/Ce - Rischio di danno grave alla salute mentale del richiedente in caso di ritorno nel suo Paese di origine - Persona che è stata sottoposta a tortura nel suo Paese di origine - Postumi di torture subite nel Paese di origine - Rischio effettivo di assenza di cure adeguate delle patologie nel Paese di origine - Verifica spettante al giudice nazionale.

L'art. 2, lett. e, e l'art. 15, lett. b., della direttiva n. 2004/83/Ce del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, letti alla luce dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che è ammissibile allo status di protezione sussidiaria il cittadino di un Paese terzo torturato in passato dalle autorità del suo Paese di origine e non più esposto a un rischio di tortura in caso di ritorno in detto Paese, ma le cui condizioni di salute fisica e mentale potrebbero, in un tale caso, deteriorarsi gravemente, con il rischio che il cittadino di cui trattasi commetta suicidio, in ragione di un trauma derivante dagli atti di tortura subiti, se sussiste un rischio effettivo di privazione intenzionale in detto Paese delle cure adeguate al trattamento delle conseguenze fisiche o mentali di tali atti di tortura, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2004/83/Ce (in *Guce* n. L 304 del 2004, p. 12) che è stata sottoposta al giudizio della Corte di giustizia dalla United Court of the United Kingdom, nella causa sopra massimata, è se il cittadino di un Paese terzo (Sri Lanka) che abbia subito torture nel proprio Paese di origine, ma che non rischi più di subire simili trattamenti in caso di rientro, possa essere ammesso alla protezione sussidiaria prevista dalla direttiva, per il motivo che nel proprio Paese non potrà essere adeguatamente curato dal sistema sanitario per alleviare le sofferenze psicologiche dovute ai maltrattamenti subiti.

Il diritto dell'Unione riconosce la c.d. protezione sussidiaria ai cittadini di un Paese terzo o agli apolidi che non possiedono i requisiti per essere riconosciuti come rifugiati, ma nei confronti dei quali sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornassero nel Paese di origine, correrebbero il rischio effettivo di subire una minaccia grave come la condanna a morte, la tortura, le pene e i trattamenti inumani o degradanti. Al signor MP, cittadino dello Sri Lanka, non è stata concessa dalle autorità britanniche la protezione sussidiaria per il fatto che non era dimostrato che egli avrebbe subito nuovamente minacce in caso di ritorno nel proprio Paese. Il ricorrente ha, dunque, adito l'Upper Tribunale che ha accolto il ricorso solo nella parte fondata sull'art. 3 della CEDU. In sostanza, la malattia mentale del ricorrente era

così grave che nel proprio Paese non avrebbe potuto avere cure adeguate. La Supreme Court of the United Kingdom, adita in appello dal signor MP, ha ritenuto di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire i criteri in base ai quali si possa usufruire della protezione sussidiaria ai sensi della direttiva n. 2004/83/Ce (sul rispetto del principio della dignità umana cfr. sentenze del 5 aprile 2016, in cause riunite n. C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, EU:C:2016:198, massimata in questa *Rivista*, 2016, p. 115, nonché del 16 febbraio 2017 in causa n. C-578/16 PPU, *C.K. e a.*, EU:C:2017:1279; sull'allontanamento di un cittadino di un Paese terzo verso un Paese nel quale non sono disponibili cure adeguate, cfr. sentenza del 18 dicembre 2014 in causa n. C-542/13, *M'Bodj*, EU:C:2014:2452).

Nel caso di specie, il cittadino dello Sri Lanka, pur non correndo più il rischio di subire gravi danni in caso di ritorno nel proprio Paese, aveva una grave situazione psicologica conseguente agli atti di tortura subiti che avrebbe potuto aggravarsi con risvolti tragici in caso di rientro.

La Corte di giustizia, richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. Corte EDU, 13 dicembre 2016, *Paposhvili c. Belgio*, CE:ECHR:2016:1213 JUD004173810, §§ 174 e 175 e Corte EDU, 29 gennaio 2013, *S.H.H. c. Regno Unito*, CE:ECHR:2013:0129JUD 006036710) ha precisato che la Carta dei diritti fondamentali, unitamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impedisce ad uno Stato membro di espellere un cittadino extracomunitario, qualora l'espulsione comporti un aumento del disturbo mentale di cui soffre e lo metta in una condizione di pericolo.

La Corte di giustizia ha precisato comunque che l'aggravamento delle condizioni di salute non può essere considerato un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 15, lett. b. della direttiva n. 2004/83/Ce, anche se l'art. 14 della Convenzione contro la tortura prevede che gli Stati garantiscano, nei loro ordinamenti, alla vittima di un atto di tortura il diritto al risarcimento comprensivo dei mezzi necessari per una completa riabilitazione (su scopi diversi e sistemi di protezione distinti della direttiva e della Convenzione contro la tortura, cfr. sentenza del 30 gennaio 2014 in causa n. C-285/12, *Diakité*, EU:C:2014:39).

A parere della Corte di giustizia, prima di riconoscere la protezione sussidiaria, il giudice del rinvio dovrà verificare se il signor MP, in caso di rientro nel proprio Paese, possa essere esposto ad un rischio di privazione intenzionale di cure adeguate ostacolando di fatto l'accesso al trattamento dei postumi fisici e/o mentali provocati dagli atti di tortura subiti.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA NOZIONE DI DIRITTO DI VISITA AI SENSI DEL REGOLAMENTO N. 2201/2003 RICONOSCENDOLO ANCHE AI NONNI NEI CONFRONTI DEI LORO NIPOTI

Corte di giustizia

Sentenza del 31 maggio 2018 in causa n. C-335/17

Neli Valcheva c. Georgios Babanarakis

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Cooperazione giudiziaria in materia civile - Art. 1, par. 2, lett. a., e art. 2, punti 7 e 10 del Regolamento (Ce) n. 2201/2003 - Esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale - Ambito di applicazione - Nozione di «diritto di visita» - Diritto di visita dei nonni nei confronti dei nipoti.

La nozione di «diritto di visita», contenuta all'art. 1, par. 2, lett. a., nonché all'art. 2, punti 7 e 10, del Regolamento (Ce) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (Ce) n. 1347/2000, deve essere interpretata nel senso che essa comprende il diritto di visita dei nonni nei confronti dei loro nipoti¹.

¹ La questione pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione del Regolamento (Ce) n. 2201/2003 – c.d. Bruxelles II bis (in *Guce* n. L 338 del 2003, p. 1) – che è stata sottoposta dal Varhoven kasatsionen sad (Corte suprema di cassazione, Bulgaria) ha riguardato il diritto di visita che una nonna intendeva esercitare nei confronti del proprio nipote.

La signora bulgara Valcheva, nonna materna di un minore nato nel 2002 residente in Grecia, intendendo ottenere un diritto di visita nei confronti del nipote si è rivolta alle autorità bulgare per stabilirne le modalità di esercizio. Le autorità bulgare, invocando il Regolamento Bruxelles II bis hanno respinto la domanda per difetto di competenza ritenendo che la competenza fosse dei giudici dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale.

La Corte di giustizia, adita dal giudice bulgaro di ultima istanza, si è pronunciata per la prima volta sull'applicazione del Regolamento (Ce) n. 2201/2003 a una domanda di diritto di visita dei nonni al fine di chiarire se il giudice competente a pronunciarsi sulle modalità di esercizio di un siffatto diritto debba essere individuato sulla base di detto Regolamento o delle norme di diritto internazionale privato degli Stati membri.

In considerazione dell'importanza per un minore di intrattenere rapporti personali con i propri nonni, nei limiti in cui tali contatti non siano contrari al suo interesse, di concerto con il principio del primato dell'interesse superiore del minore, la Corte di giustizia ha statuito nel senso che la nozione di «diritto di visita» ai sensi del Regolamento deve comprendere non solo il diritto di visita dei genitori nei confronti dei figli, ma anche quello delle altre persone con le quali è importante che il minore intrattenga rapporti personali e il giudice che deve statuire su tali diritti è quello del Paese nel quale il minore risiede (cfr., in tal senso, le conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar rese in data 12 aprile 2018 nella causa qui annotata).

LA CORTE DI GIUSTIZIA CIRCOSCRIVE LA RESPONSABILITÀ DI UN AMMINISTRATORE DI UNA FANPAGE SU FACEBOOK

Corte di giustizia

Sentenza del 5 giugno 2018 in causa n. C-210/16

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, con l'intervento di: Facebook Ireland Ltd, Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 95/46/Ce - Tutela delle persone fisiche riguardo al trattamento di tali dati - Prove-

dimento diretto a disattivare una pagina Facebook (*fanpage*) che consente di raccogliere ed elaborare determinati dati collegati ai visitatori di tale pagina - Responsabile del trattamento di dati personali - Amministratore di una *fanpage* presente su un *social network* - Diritto nazionale applicabile ai sensi della direttiva - Autorità nazionali di controllo - Poteri d'intervento di tali autorità.

L'art. 2, lett. d., della direttiva n. 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «responsabile del trattamento», ai sensi di tale disposizione, include l'amministratore di una fanpage presente su un social network¹.

Gli artt. 4 e 28 della direttiva n. 95/46/Ce devono essere interpretati nel senso che, qualora un'impresa stabilita al di fuori dell'Unione europea disponga di varie filiali in diversi Stati membri, l'autorità di controllo di uno Stato membro è autorizzata a esercitare i poteri che le conferisce l'art. 28, par. 3, di tale direttiva nei confronti di una filiale di detta impresa situata sul territorio di tale Stato membro anche se, in base alla ripartizione delle funzioni all'interno del gruppo, da un lato, tale filiale è competente solamente per la vendita di spazi pubblicitari e per altre attività di marketing sul territorio di detto Stato membro e, dall'altro, la responsabilità esclusiva per la raccolta e per il trattamento dei dati personali grava, per l'intero territorio dell'Unione europea, su una filiale situata in un altro Stato membro².

L'art. 4, par. 1, lett. a., e l'art. 28, par. 3 e 6, della direttiva n. 95/46/Ce devono essere interpretati nel senso che, qualora l'autorità di controllo di uno Stato membro intenda esercitare, nei confronti di un organismo stabilito sul territorio di tale Stato membro, i poteri d'intervento di cui all'art. 28, par. 3, di tale direttiva a motivo di violazioni delle disposizioni relative alla protezione dei dati personali, commesse da un terzo responsabile del trattamento di tali dati che ha la propria sede in un altro Stato membro, tale autorità di controllo è competente a valutare, in modo autonomo rispetto all'autorità di controllo di quest'ultimo Stato membro, la liceità di un siffatto trattamento di dati e può esercitare i suoi poteri d'intervento nei confronti dell'organismo stabilito sul proprio territorio senza previamente richiedere l'intervento dell'autorità di controllo dell'altro Stato membro³.

¹⁻³ La sentenza, sopra massimata, ha avuto modo di approfondire la questione del trattamento dei dati personali degli utenti su Facebook. Si ricorda che il ricorrente, nella

causa sopra massimata, era stato il protagonista anche nella causa n. C-362/14, *Schrems c. Data Protection Commission* nella quale la Corte di giustizia aveva dichiarato invalida la decisione n. 2000/520/Ce del 26 luglio 2000 (in *Guce* n. L 215 del 2000) con la quale la Commissione europea aveva accertato l'adeguatezza della protezione dei dati personali offerta dai principi del c.d. *Safe Harbour* quali condizioni per il trasferimento dei dati personali dall'UE verso gli Stati Uniti. (Sulla sentenza del 6 ottobre 2015 in causa n. C-362/14, EU:C:2015:650, cfr. il commento di E. A. ROSSI, *Nuovi aspetti di vecchi problemi in tema di strumenti internazionali sul trasferimento di dati personali*, in questa *Rivista*, 2016, p. 75 ss.).

La domanda pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 95/46/Ce (in *Guce* n. L 281 del 1995, p. 31) è stata sollevata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, società di diritto privato specializzata nel settore della formazione che offre servizi di formazione attraverso una *fanpage* su Facebook e, dall'altro lato, la *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein*, l'autorità di vigilanza regionale per la protezione dei dati del *Land Schleswig-Holstein* (ULD), per la legittimità di un provvedimento emesso da quest'ultima nei confronti della società tedesca *Wirtschaftsakademie* con cui le veniva richiesto di disattivare una *fanpage* gestita sul sito di Facebook Ireland Ltd. Tale provvedimento era motivato sulla base della presunta violazione delle disposizioni tedesche di recepimento della direttiva n. 95/46/Ce, *cit.*, per il fatto che gli utenti di una *fanpage* non venivano informati della raccolta dei loro dati personali compiuta dal *social network* Facebook attraverso *cookie* attivati sul loro disco rigido, al fine di realizzare statistiche sugli utenti destinate al gestore della pagina stessa e permettere a Facebook di diffondere conseguentemente pubblicità mirate (c.d. funzione Facebook Insights). L'ULD ordinava, dunque, alla *Wirtschaftsakademie* di disattivare la sua *fanpage* per il motivo sopraesposto. La società tedesca proponeva ricorso dinanzi ai tribunali amministrativi tedeschi affermando che l'ULD avrebbe dovuto agire direttamente contro Facebook. La Corte amministrativa federale, investita della questione, si è rivolta alla Corte di giustizia per chiarire se sussisteva la responsabilità di una società amministratrice di una *fanpage* presente su un *social network* (Facebook), in caso di violazione della normativa sulla tutela dei dati personali, per il fatto di aver scelto tale *social network* per diffondere la propria offerta d'informazioni.

La Corte di giustizia ha chiarito che Facebook Inc e Facebook Ireland rientrano nella nozione di «responsabili del trattamento» ai sensi della direttiva n. 95/46/Ce in quanto sono coloro che determinano le finalità e gli strumenti del trattamento dei dati personali degli utenti di Facebook, nonché delle persone che hanno visitato la *fanpage* su Facebook (sentenze dell'11 dicembre 2014 in causa n. C-212/13, *Ryneš*, EU:C:2014:2428, massimata in questa *Rivista*, 2015, p. 170; del 13 maggio 2014 in causa n. C-131/12, *Google Spain e Google*, EU:C:2014:317). L'amministratore di una *fanpage* su Facebook mediante la creazione di una siffatta pagina, attraverso un'impostazione dei parametri di base che offre a Facebook la possibilità di posizionare *cookie* sul *computer* della persona che ha visitato la sua *fanpage*, indipendentemente dal fatto che tale persona possieda o meno un profilo Facebook contribuisce al trattamento dei dati personali dei visitatori della sua pagina. Pertanto, l'amministratore deve essere considerato, a parere della Corte, un responsabile del trattamento ed è solo riconoscendo una responsabilità congiunta dei due soggetti che è possibile garantire una piena tutela dei diritti delle persone che visitano una *fanpage*.

Infine, la Corte di giustizia ha precisato che l'ULD è tenuta a garantire nel territorio tedesco il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali per esercitare, non solo nei confronti dell'amministratore di una *fanpage* su Facebook, ma anche della filiale tedesca di Facebook, tutti i poteri di cui dispone in forza delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva n. 95/46/Ce (sentenza del 1° ottobre 2015 in causa n. C-230/14, *Weltimmo*, EU:C:2015:639; sul controllo del trattamento dei dati nel rispetto degli obblighi stabiliti dalla direttiva n. 95/46/Ce cfr. sentenza del 6 ottobre 2015 in causa n. C-362/14, *Schrems*, *cit.*).

**LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA
N. 79/7/CEE SULLA PARITÀ DI TRATTAMENTO NEI CONFRONTI
DI UNA PERSONA CHE HA CAMBIATO SESSO**

Corte di giustizia

Sentenza del 26 giugno 2018 in causa n. C-451/16

MB c. Secretary of State for Work and Pensions

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 79/7/Cee - Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di previdenza sociale - Diritto ad ottenere la pensione - Condizioni per il riconoscimento del cambiamento di sesso - Normativa nazionale che subordina il riconoscimento all'annullamento di un matrimonio precedente - Rifiuto di concedere la pensione - Discriminazione diretta fondata sul sesso - Sussistenza del contrasto.

La direttiva n. 79/7/Cee del Consiglio del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, e, in particolare, il suo art. 4, par. 1, primo trattino, in combinato disposto con i suoi artt. 3, par. 1, lett. a., terzo trattino, e 7, par. 1, lett. a., deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che impone alla persona che abbia cambiato sesso, qualora intenda beneficiare di una pensione statale di fine lavoro a partire dall'età pensionabile legale prevista per le persone del sesso da essa acquisito, di soddisfare non soltanto criteri di ordine fisico, sociale e psicologico, ma anche la condizione di non essere sposata con una persona del sesso da essa acquisito in seguito a tale cambiamento¹.

¹ La condizione che una persona non debba essere coniugata è contraria al divieto di discriminazione fondata sul sesso in materia di sicurezza sociale come previsto dalla direttiva n. 79/7/Cee (in *Guce* n. L 6 del 1979, p. 24)? È questo, in sostanza, l'interrogativo al quale è stata chiamata a rispondere la Corte di giustizia nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, MB e, dall'altro lato, il Secretary of State for Work and Pensions (Segretario di Stato competente in materia di lavoro e pensioni, Regno Unito) in merito al rifiuto di concedere al primo soggetto la pensione a decorrere dall'età pensionabile prevista per le persone appartenenti al sesso che essa ha acquisito a seguito di un intervento al quale si è sottoposta.

MB è una persona nata nel 1948 di sesso maschile, sposata nel 1974, che si è sottoposta ad un'operazione chirurgica per cambiare sesso nel 1995. MB non è in possesso del certificato di riconoscimento definitivo del suo cambiamento di sesso la cui concessione richiedeva l'annullamento del matrimonio. Quando MB, nel corso del 2008, ha raggiunto l'età pensionabile, i sessanta anni, ha presentato una domanda intesa ad ottenere il beneficio di tale pensione a decorrere dall'età suddetta, in base ai contributi versati durante la sua

attività lavorativa alla cassa pensioni statali. La domanda di MB è stata respinta per la mancanza del certificato di riconoscimento definitivo del suo cambiamento di sesso. Il giudice inglese di ultima istanza ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia se una persona che ha mutato sesso, oltre a dover soddisfare criteri fisici, sociali e psicologici per il riconoscimento del cambiamento di sesso, non deve essere coniugata per poter avere diritto ad una pensione statale di fine lavoro.

In proposito, la Corte di giustizia ha chiarito che, sebbene gli Stati abbiano competenza nelle materie di stato civile, devono sempre rispettare il principio di non discriminazione (sull'applicazione della direttiva alle discriminazioni che trovano origine nel cambiamento di sesso dell'interessato cfr. sentenza del 27 aprile 2006 in causa n. C-423/04, *Richards*, EU:C:2006:256, massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 333; sul rispetto del principio di non discriminazione cfr. sentenze del 1° aprile 2008 in causa n. C-267/06, *Maruko*, EU:C:2008:179, massimata in questa *Rivista*, 2008, p. 354; del 5 giugno 2018, in causa n. C-673/16, *Coman e a.*, EU:C:2018:385 e del 7 gennaio 2004 in causa n. C-117/01, *K.B.*, EU:C:2004:7, con commento di A. ANSELMO, *I transessuali hanno diritto di sposarsi ... e di ottenere la pensione di reversibilità*, in questa *Rivista*, 2004, p. 719 ss.).

Nel caso di specie, MB, secondo la normativa inglese applicabile, avrebbe dovuto annullare il proprio matrimonio per poter beneficiare della pensione. Tale situazione, a parere della Corte, determina un trattamento meno favorevole a una persona che ha cambiato sesso dopo essersi sposata, rispetto ad un soggetto che ha conservato il sesso della nascita e si è sposata successivamente (sulla comparabilità delle situazioni cfr. sentenze del 16 dicembre 2008 in causa n. C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine e a.*, EU:C:2008:728; del 16 luglio 2015, in causa n. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, EU:C:2015:480 nonché del 9 marzo 2017 in causa n. C-406/15, *Milkova* EU:C:2017:198).

La Corte di giustizia ha concluso ritenendo che la normativa del Regno Unito è incompatibile con quella comunitaria determinando una palese discriminazione fondata sul sesso (una deroga al divieto è possibile solo nei casi tassativamente stabiliti dalle disposizioni della direttiva, cfr. sentenza del 21 luglio 2005 in causa n. C-207/04, *Vergani*, EU:C:2005:495, nonché del 3 settembre 2014 in causa n. C-318/13, *XEU*:C:2014:2133).

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

IL LODO ARBITRALE *URBASER*

ICSID Tribunal

Award, December 8, 2016 - Case No. ARB/07/26*

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic

Trattati bilaterali in materia di investimenti - Trattamento giusto ed equo - Diritto di accesso all'acqua - Responsabilità Sociale delle Imprese (*Corporate Social Responsibility*).

1195. Al riguardo il Tribunale osserva che il diritto internazionale considera la Responsabilità Sociale d'Impresa uno standard di cruciale importanza per le aziende che operano nel campo del commercio internazionale. Tale standard include l'impegno di rispettare i diritti umani nell'ambito delle attività svolte da tali imprese in paesi diversi da quello della loro sede principale o di loro costituzione. Alla luce di questa recentissima evoluzione, non si può più sostenere che le società che operano a livello internazionale non siano soggetti di diritto internazionale. (Omissis)

1200. (Omissis) Il BIT non può essere interpretato e applicato nel vuoto. (Omissis) Il BIT deve essere interpretato in conformità con le altre norme di diritto internazionale di cui fa parte, comprese quelle relative ai diritti umani. (Omissis)

* Il testo integrale del provvedimento è reperibile sul sito internet www.italaw.com. In argomento v. *infra*, p. 117 ss., il commento di *NICO LONGO*.

1210. (Omissis), il diritto fondamentale all'acqua comporta un obbligo positivo. Tale obbligo è imposto agli Stati. Non può essere imposto ad alcuna società che si occupa della fornitura di servizi idrici e fognari. (Omissis) Diverso sarebbe il caso se fosse in gioco un obbligo di astensione, quale un divieto di commettere atti che violano i diritti umani. Tale obbligo può essere di immediata applicazione, non solo per gli Stati, ma anche per le persone fisiche e le altre parti private. (Omissis)

**CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL CASO ICSID *URBASER*:
TRA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA ED
"INTERNATIONAL CORPORATE HUMAN RIGHTS
OBLIGATIONS"?***

Sommario: **1.** *La descrizione del caso Urbaser* - **2.** *Il diritto umano all'acqua e l'obbligo di rispetto da parte delle società investitrici* - **3.** *La Responsabilità Sociale d'Impresa.*

1. La descrizione del caso *Urbaser*

Negli anni Novanta l'Argentina privatizzò il servizio idrico e di trattamento delle acque reflue, attraendo gli investimenti di alcune società straniere, tra le quali le società spagnole Urbaser S.A. e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (CAAB). Entrambe erano azioniste di maggioranza nella società argentina Aguas del Gran Buenos Aires S.A. (AGBA), che si aggiudicò nel 2000 un contratto di concessione per il servizio idrico e fognario con la Provincia del *Gran Buenos Aires*, che comprendeva la vasta area metropolitana della capitale. Il contratto prevedeva non solo la gestione privatizzata dell'intero ciclo dell'acqua, ma anche l'obbligo per l'investitore di potenziare la rete idrica esistente, attraverso investimenti che permettessero l'allacciamento di nuove utenze, assicurando una maggior estensione di tali servizi pubblici all'alta percentuale di popolazione che ancora non ne beneficiava.

In conseguenza della grave crisi economica che colpì l'Argentina tra il 2001 ed il 2002, il Governo fu costretto ad adottare una serie di misure eccezionali per far fronte alla recessione, dalla drastica svalutazione del peso

* Le opinioni sono espresse dall'Autore a titolo personale e non sono riconducibili al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale.

– la valuta nazionale –, al "*corralito*" ovvero il blocco dei conti bancari, nonché il congelamento delle tariffe dei servizi pubblici, compreso il settore privatizzato dell'acqua potabile (cfr. par. 34 e 69 della decisione, qui di seguito massimata).

A causa di tale legislazione emergenziale, le due società spagnole invocavano il mancato rispetto dell'Accordo bilaterale per la promozione e protezione degli investimenti (c.d. *Bilateral Investment Agreement*, BIT) concluso nel 1991 dalla Spagna con l'Argentina, quale Stato ospite dell'investimento (c.d. *Host State*). Gli investitori consideravano le predette misure, adottate dall'Argentina a seguito della crisi, come violazioni delle disposizioni contenute nel BIT, in particolare dell'obbligo, previsto all'art. 4, di «*fair and equitable treatment*» che imponeva all'*Host State* di assicurare agli investitori un trattamento giusto ed equo, senza compiere discriminazioni o adottare approcci arbitrari nei loro confronti. La decisione argentina di congelare nel 2002 le tariffe dei servizi privatizzati, seguita negli anni successivi da una poco trasparente rinegoziazione del contratto con AGBA, culminava nel 2006 con la revoca della concessione e conseguente ri-nazionalizzazione del servizio, rendendo insostenibile in termini economico-finanziari l'intera operazione, di fatto espropriando le due società spagnole del proprio investimento.

Per dirimere le liti insorte tra gli investitori stranieri e lo Stato dell'investimento, il BIT in questione conteneva all'art. 10 una clausola arbitrale, attivabile direttamente dall'investitore dopo aver inutilmente tentato una composizione amichevole con l'*Host State*. Al fine di costituire, secondo la predetta clausola, un tribunale arbitrale *ad hoc*, i ricorrenti decisero di adire nel 2007 il Centro Internazionale per la Composizione delle Controversie relative agli Investimenti (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, ICSID), organo della Banca Mondiale istituito dalla «Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati» (d'ora innanzi: "Convenzione di Washington") del 1965.

L'Argentina, parte convenuta, si difendeva eccependo che i ricorrenti si fossero resi inadempienti fin da subito rispetto ai propri doveri contrattuali di rafforzamento ed espansione della rete idrica, a prescindere dalla sopravvenuta crisi economico-finanziaria che investì il Paese («*nothing efficient had been done to provide even minimal investment for the first years of operation*», cfr. par. 36). D'altra parte, le misure adottate dal Governo erano giustificate dallo stato di necessità creato dalla crisi, in quanto lo Stato aveva il dovere di garantire in ogni caso il diritto umano basilare dell'accesso all'acqua (cfr. par. 602 e 718). Pertanto, l'Argentina avanzò, a

sua volta, una domanda di risarcimento danni contro gli investitori ricorrenti (c.d. «*counterclaim*»), dal momento che il loro inadempimento si sarebbe tradotto in una violazione degli obblighi di diritto internazionale basati sullo «*human right to water*», il diritto fondamentale all'acqua (par. 36).

Decidendo la lite nel merito, il Tribunale arbitrale respinge la domanda risarcitoria dell'Argentina, non ritenendo sussistere nessuna violazione di obblighi di diritto internazionale in materia di diritti umani in capo agli investitori. Esso respinge parimenti le domande risarcitorie degli investitori ricorrenti, riconoscendo lo stato di necessità a giustificazione delle misure emergenziali adottate dall'Argentina (par. 718), seppur rilevando la violazione del principio del trattamento giusto ed equo per la mancanza di trasparenza nel rinegoziare da parte dell'*Host State* il contratto di concessione, poi revocato (par. 845 e 1233).

2. Il diritto umano all'acqua e l'obbligo di rispetto da parte delle società investitrici

Nel pronunciarsi nel merito di tale domanda, per la prima volta un Tribunale arbitrale dell'ICSID riconosce nel caso *Urbaser* come il rispetto dei diritti umani sia un obbligo che grava anche sulle società investitrici, affermando al contempo la loro soggettività nel diritto internazionale. Inoltre, il lodo arbitrale *Urbaser* è un passo importante nella via verso il consolidamento nel diritto internazionale della Responsabilità Sociale d'Impresa (RSI, in inglese «*Corporate Social Responsibility*») intesa come l'adozione di politiche aziendali che sappiano conciliare gli obiettivi del profitto economico con quelli sociali e ambientali, a favore del territorio in cui l'impresa opera. Il Tribunale arbitrale considera gli *standard* RSI di cruciale importanza per le imprese internazionali, includendo il rispetto dei diritti umani («[t]he Tribunal may mention in this respect that international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights», par. 1195).

Quanto al diritto applicabile per risolvere la controversia, il Tribunale arbitrale innanzitutto stabilisce che, oltre al citato BIT tra Spagna e Argentina, andrà applicato anche il diritto argentino ed il diritto internazionale generale. Esso ritiene che il BIT non possa essere letto ed interpretato in perfetto isolamento giuridico, come fosse un sistema chiuso («[a] BIT is not a set of self-contained rules», par. 555; «The BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum. (...) The BIT has to be construed in harmony

with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights», par. 1200). Le disposizioni del BIT vanno applicate assieme al diritto internazionale generale ed al diritto argentino in maniera congiunta ed armoniosa («jointly and harmoniously», par. 557). Tale conclusione era rafforzata dall'art. 7 del BIT che permetteva, nel caso di specie, di richiamare fonti esterne al Trattato (accordi e consuetudini internazionali) ogni qual volta prevedessero disposizioni più favorevoli rispetto a quelle contenute nel BIT stesso (cfr. par. 1192).

Una volta affermato il richiamo al diritto internazionale generale, il Tribunale ne esamina le principali fonti in materia di diritti umani: tra esse, la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1948, agli artt.1, 21, 25 nonché all'art. 30 («Nulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di un qualsiasi Stato, gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione di alcuno dei diritti e delle libertà in essa enunciati»), articolo che il Tribunale commenta nel senso che nessun individuo o entità, pubblica o privata che sia, possa agire in violazione di tali diritti, il che implica un obbligo negativo corrispondente («no other individual or entity, public or private, may act in disregard of such rights, which then implies a corresponding obligation», cfr. par. 1196); il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* adottato dall'ONU nel 1966, agli artt.11, 12 nonché all'art. 5 che riprende la stessa formulazione del predetto art. 30 della Dichiarazione Universale (par. 1197); la *Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite* n. A/RES/64/292 del 2010 dal titolo «[t]he human right to water and sanitation» che all'art. 1 riconosce «the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights» (cfr. par. 1197); la *Dichiarazione Tripartita di Principi sulle Imprese Multinazionali e la Politica Sociale*, adottata dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) nel 1977 (par. 1198).

Da queste disposizioni, in quanto ricognitive del diritto internazionale generale (par. 1158), il Tribunale evince l'obbligo per tutte le parti, sia pubbliche sia private, di astenersi dal ledere i diritti umani, tra i quali va incluso il diritto all'acqua («the human right for everyone's dignity and its right for adequate housing and living conditions are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights», par. 1199).

In primo luogo, il Tribunale arbitrale, rigetta la tesi dei ricorrenti secondo la quale i «non-state actors» non sarebbero mai vincolati dal rispetto di «human rights obligations», in quanto è riluttante a condividere la posizione di principio che garantire un diritto umano come l'accesso all'ac-

qua sia un dovere unicamente in capo allo Stato, e mai in capo a soggetti privati («the Tribunal is reluctant to share Claimants' principled position that guaranteeing the human right to water is a duty that may be born solely by the State, and never borne also by private companies like the Claimants», par. 1193). Di conseguenza, riconosce che le società operanti a livello internazionale godano di soggettività nel diritto internazionale e sostiene che non si può più ammettere che esse siano immuni dal divenire soggetti di diritto internazionale («it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law», par. 1195).

In secondo luogo, dalle sopraccitate disposizioni sui diritti umani, è possibile identificare nel diritto internazionale l'esistenza di un obbligo negativo, di astensione o non interferenza (c.d. *obligation to abstain*) dal ledere i diritti umani in capo agli individui, siano essi persone fisiche o giuridiche. Tuttavia, il caso sottoposto al Tribunale arbitrale non riguardava l'adempimento in capo ai ricorrenti di tale obbligo negativo («[t]he situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake. Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties. This is not a matter for concern in the instant case», par. 1210). Nella sua domanda, l'Argentina invocava piuttosto un obbligo positivo in capo ai ricorrenti di procurare l'effettivo accesso e godimento del diritto all'acqua per la popolazione.

Il Tribunale rileva che, per il diritto internazionale generale, tale obbligo positivo di fare (c.d. *obligation to perform*) gravi solo sullo Stato e non possa essere trasferito in capo all'investitore privato per il tramite del BIT o del contratto di concessione, addossando al privato l'obbligo di procurare l'accesso ai servizi idrici di base («[t]he Tribunal further finds that none of the provisions of the BIT has the effect of extending or transferring to the Concessionaire an obligation to perform services complying with the residents' human right to access to water and sewage services», par. 1207; «[i]ndeed, the enforcement of the human right to water represents an obligation to perform. Such obligation is imposed upon States. It cannot be imposed on any company knowledgeable in the field of provision of water and sanitation services», par. 1210; «The acceptance of the Bid and the Concession Contract could not have as an effect that the obligations arising out under this Contract became, in addition or in parallel, obligations based on international law», par. 1212).

Il Tribunale conclude nel senso che non esiste una base giuridica per fondare nel diritto internazionale un obbligo positivo di fare in capo all'in-

vestitore privato («[t]he human right to water entails an obligation of compliance on the part of the State, but it does not contain an obligation for performance on part of any company providing the contractually required service», par. 1208; «such an obligation to perform applicable to a particular investor [...] it does not find its legal ground in general international law», par. 1210).

Si tratta, come vedremo più sotto, di una ricostruzione coerente con i Principi Guida su Impresa e diritti umani dell'ONU del 2011 (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*) che poggiano sui pilastri dell'obbligo per gli Stati di proteggere e di fornire accesso al rimedio in caso di violazione dei diritti umani nonché sulla responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani (c.d. «*Protect, Respect and Remedy*» Framework).

3. La Responsabilità Sociale d'Impresa

Il caso *Urbaser*, individuando *standard* di condotta che le imprese investitrici devono rispettare, è un'applicazione della più ampia Responsabilità Sociale d'Impresa (RSI, in inglese «Corporate Social Responsibility», CSR), che può definirsi come l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali e ambientali delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei rapporti con le parti interessate. La RSI va oltre il rispetto degli obblighi di legge esistenti ed individua pratiche e comportamenti che un'impresa adotta su base volontaria e trasparente, nella convinzione di ottenere risultati che possano arrecare benefici e vantaggi a se stessa e al contesto nel quale opera. Ciò si traduce nell'adozione di una politica aziendale che sappia conciliare gli obiettivi economici con quelli sociali e ambientali del territorio, in chiave di sostenibilità. Imprenditoria socialmente responsabile significa affiancare alla responsabilità economica anche una sociale, per tutto ciò che sta intorno all'azienda: clienti, collaboratori, comunità e istituzioni locali nel territorio, ambiente.

La RSI, nel diritto internazionale, compare sotto forma di atti di *soft law* diretti al comportamento delle imprese multinazionali. L'Argentina nelle proprie difese nel caso *Urbaser* cita una di esse, e la prima a nascere in ordine cronologico in ambito onusiano: il *Global Compact* delle Nazioni Unite. L'Argentina ricorda infatti che il diritto all'acqua è un diritto umano essenziale e che, come tale, le aziende *leader* del mondo si sono impegnate a rispettare come parte della loro Responsabilità Sociale d'Impresa («the right to water is an essential human right [...]. It is a fundamental right that the leading companies of the world have adopted in the Global Compact as being part of their corporate social responsibility», par. 1161).

Il *Global Compact* dell'ONU è un atto di *soft law* ed una forma di auto-regolamentazione che le imprese multinazionali si sono date nel 2000, su iniziativa dell'allora Segretario Generale dell'ONU, per conformare le proprie attività e strategie aziendali a dieci Principi fondamentali nelle quattro aree dei diritti umani (Principio n.1 del *Global Compact*: «Alle imprese è richiesto di promuovere e rispettare i diritti umani universalmente riconosciuti nell'ambito delle rispettive sfere di influenza»; Principio n. 2: «assicurarsi di non essere, seppure indirettamente, complici negli abusi dei diritti umani»), del lavoro, dell'ambiente e nella lotta alla corruzione¹.

Nel 1999 al *World Economic Forum* di Davos l'ex segretario delle Nazioni Unite Kofi Annan invitò i *leader* dell'economia mondiale a sottoscrivere con le Nazioni Unite un «Patto Globale» per un'economia globale sostenibile ed affrontare gli aspetti più critici della globalizzazione. A luglio 2000, veniva lanciato il *Global Compact* delle Nazioni Unite, che è oggi una struttura con sede a New York, con a capo un CEO, Executive Director, cui aderiscono circa 9.500 aziende e organizzazioni da oltre 160 Paesi. Il «*Global Compact*» (UNGC) non è un vincolo, ma un'iniziativa di auto-regolamentazione che le imprese si danno per promuovere valori che si possono definire come principi di Responsabilità Sociale d'Impresa. Aderire al *Global Compact* significa infatti stipulare un patto, attraverso il quale le imprese si impegnano ad integrare i dieci Principi nelle proprie operazioni quotidiane. A questi temi molte imprese guardano ormai con un'ottica non solo di miglioramento della loro immagine, come elemento di solidità reputazionale, ma anche come strumento di competitività e penetrazione nei mercati.

Sempre in ambito ONU, va ricordata l'adozione nel 2011 in seno al Consiglio dei Diritti Umani dei Principi guida su imprese e diritti umani (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*)² che poggiano su tre pilastri: *protect, respect, access to remedy*.

Mentre gli Stati hanno l'obbligo positivo di proteggere i diritti umani, come indicato dal Principio Guida (GP) n. 1 («States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including business enterprises») oltre che garantire il ricorso a rimedi in caso di loro violazione, le imprese hanno la responsabilità di rispettare i

¹ Nazioni Unite. *Global Compact*, reperibile sul sito internet <http://www.unglobalcompact.org>.

² I suddetti *Guiding Principles* costituiscono un insieme di linee guida per gli Stati e le società che sono state proposte ed ideate dall'ex *UN Special Representative on business & human rights*, Prof. John Ruggie, e poi adottate in seno all'*UN Human Rights Council* nel giugno 2011. Il testo è reperibile sul sito internet: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

diritti umani (cfr. Principio Guida n. 12: «The responsibility of business enterprises to respect human rights refers to internationally recognized human rights – understood, at a minimum, as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning fundamental rights set out in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work»).

Un altro esempio di auto-regolamentazione attraverso un sistema di certificazione è il *Kimberly Process* per la disciplina del commercio internazionale di diamanti grezzi³. È un'iniziativa ad adesione volontaria da parte degli Stati, ma anche del settore privato (ONG e le industrie diamantifere, ma solo in qualità di osservatori) che ha come obiettivo la certificazione della provenienza dei diamanti per evitare il commercio di tali pietre preziose provenienti da zone di guerra.

Sono parimenti un atto di *soft law* di auto-regolamentazione le *Linee Guida OCSE sulle imprese multinazionali*, un corpo di raccomandazioni contenenti principi e norme volontarie per un comportamento responsabile delle imprese.⁴ Attraverso le Linee Guida vengono descritti i comportamenti corretti ai quali si devono attenere le imprese multinazionali nell'esercizio dell'attività (divulgazione di informazioni, diritti umani, ambiente, lotta alla corruzione, concorrenza, fiscalità ecc.) e con un campo di applicazione che riguarda tutti i settori produttivi. Esse sono contenute nella «Dichiarazione sugli investimenti internazionali e le imprese multinazionali» (27 giugno 2000) dell'OCSE. I Paesi sottoscrittori, tra i quali l'Italia, si sono impegnati ad incoraggiare le imprese multinazionali operanti sul proprio territorio od ivi controllate, ad osservare volontariamente le raccomandazioni contenute in tali Linee Guida. Per favorire la loro divulgazione ed applicazione, l'OCSE ha previsto che ogni Paese costituisca un Punto di Contatto Nazionale (PCN), che per l'Italia è organizzato presso il Ministero per lo sviluppo economico. Le Linee Guida sono state aggiornate nel 2011, con l'introduzione della responsabilità dell'impresa nel rispetto dei diritti umani, un sistema di *due diligence* per la prevenzione dei rischi; responsabilità estesa alle attività della propria catena di fornitura, come i *partner* di affari e altri *stakeholder*.

Tali atti di *soft law*, per quanto non giuridicamente vincolanti, promuovono una standardizzazione del concetto di Responsabilità Sociale di Impresa ed offrono un quadro di riferimento al fine di aiutare le imprese a

³ L'iniziativa prende il nome da un importante centro diamantifero sudafricano nel quale i delegati di diversi Stati, di ONG e multinazionali diamantifere si riunirono per la prima volta nel 2000.

⁴ Il testo è reperibile sul sito internet <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesITALIANO.pdf>

inserire la RSI nella propria gestione quotidiana, valorizzare le buone prassi esistenti e divulgare tra loro uno schema il più possibile condiviso, di azioni "responsabili" del loro impatto sociale e ambientale.

Tali strumenti di *soft law* potrebbero divenire vincolanti, qualora richiamati e recepiti nel testo dei singoli trattati (Bilateral Investment Treaties-BITs in materia di investimenti, o Free Trade Agreements-FTAs in ambito commerciale). Si tratta di vere e proprie "clausole RSI", che comportano interconnessioni tra *Business & Human rights* (BHR) in un'ottica più ampia di sviluppo sostenibile. Un esempio in ambito UE è l'Accordo FTA con la Corea del Sud del 2011 (*EU-South Korea FTA*)⁵ il cui art. 13.6, rubricato «Il commercio come fattore che favorisce lo sviluppo sostenibile» incorpora al comma 2 tale clausola («Le parti si adoperano per facilitare e promuovere il commercio delle merci che contribuiscono allo sviluppo sostenibile, comprese quelle che fruiscono di regimi come il commercio equo ed etico e quelle che implicano la responsabilità sociale delle imprese»)⁶.

Ma anche se non vengono a far parte di una disposizione pattizia, in ogni caso il numero crescente di tali atti di *soft law* in materia di RSI diventa rilevante in sé e quindi ineludibile in una prospettiva di applicazione del diritto internazionale da parte degli operatori giuridici. Come strumenti di *soft law*, essi possono dare sostanza a principi generali quali la buona fede, la correttezza, l'equità, la proporzionalità, entrando così a far parte del ragionamento e della logica giuridica che il Tribunale arbitrale deve tenere in considerazione quando è chiamato a decidere sulle rispettive responsabilità di Stati e investitori nelle liti che gli vengono sottoposte.⁷ Questo positivamente avviene nel caso *Urbaser*, nel quale il «giudicante» dà considerazione nella sua analisi alla RSI come «obligation to abstain» quale proibizione di violare i diritti umani in capo alle società investitrici, ma senza spingersi oltre perché, allo stato attuale del diritto internazionale, non si può sostenere che la RSI renda operativo ed imponga un «*duty to protect*» in capo alle imprese multinazionali, come obbligo positivo di proteggere e promuovere i diritti umani⁸. È quindi possibile vedere nel lodo

⁵ <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/south-korea/>.

⁶ Il testo è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=EN>

⁷ In tal senso, A. TANZI, *Introduzione al Diritto internazionale contemporaneo*, V ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2016, p. 563.

⁸ K. CROW - L. LORENZONI ESCOBAR, *International Corporate Obligations, Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?*, May 12, 2017, in 35 *B.U. Int'l L.J.* 87 (2018). Cfr. p. 109 ss., «*Corporate Social Responsibility: Operationalizing the Obligation to Perform?*», reperibile sul sito internet https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984987.

Urbaser un passo coraggioso e pioneristico, teso a leggere in prospettiva "evolutiva" gli strumenti esistenti di *soft law* che pongono in capo alle imprese multinazionali regole volontarie di rispetto dei diritti umani. Esso resta un'importante tappa nel cammino lungo il quale, in futuro, tali regole volontarie di RSI potranno consolidarsi e diventare norme vincolanti per le imprese multinazionali, quali soggetti di diritto internazionale.

Nico Longo**

SINTESI

Nel caso *Urbaser v. Argentina*, per la prima volta un Tribunale arbitrale dell'ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) ha riconosciuto come il rispetto dei diritti umani (nel caso di specie, il «human right to water») sia un obbligo che grava anche sulle società investitrici che operano a livello internazionale, affermando al contempo la loro soggettività nel diritto internazionale. In capo ad esse sarebbe quindi rinvenibile un obbligo negativo, di non violare i diritti umani («obligation to abstain»).

Si arriva a tale esito dirompente grazie, da un lato, ad una visione olistica del BIT (Bilateral Investment Treaty) concluso tra Spagna ed Argentina, che non può essere interpretato in perfetto isolamento giuridico, come fosse un sistema chiuso. Si esprime così la necessità che il diritto internazionale degli investimenti non costituisca un regime giuridico separato rispetto alle regole esistenti nel diritto internazionale, specie quelle che riguardano i diritti umani fondamentali. Dall'altro, il lodo *Urbaser* aiuta a mettere in evidenza, in chiave evolutiva, la crescente massa di *soft law* esistente in materia di CSR (Corporate Social Responsibility, o Responsabilità Sociale d'Impresa, RSI), strumento di auto-responsabilità delle imprese che operano a livello internazionale, quale corpo di regole volontarie costantemente ripetute nel tempo per promuovere condotte responsabili e di sostenibilità delle imprese. Il lodo *Urbaser* potrebbe così costituire una tappa nel cammino lungo il quale, in futuro, tali regole volontarie di CSR possano diventare norme vincolanti per le imprese multinazionali, quali soggetti di diritto internazionale.

ABSTRACT

In the Urbaser case, for the first time an ICSID arbitral tribunal recognized that respect for human rights (i.e. the human right to water) is an obligation for private investor companies operating internationally, while affirming their sub-

** Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche-PHD in *Legal Studies*/Università di Bologna

jectivity in international law. These investors would find here a negative obligation (obligation to abstain), not to violate human rights.

This exceptional outcome is achieved, on the one hand, thanks to a holistic approach towards the Spain-Argentina Bilateral Investment Treaty (BIT) that cannot be interpreted in a vacuum. This position expresses the need for international investment law not to constitute a separate legal regime vis-à-vis the rules existing in international law, especially those concerning fundamental human rights.

On the other hand, the Urbaser award helps highlight, in an evolutionary way, the role of the growing number of soft law instruments in the field of Corporate Social Responsibility (CSR). CSR is a body of voluntary rules, constantly repeated over time, for self-regulation of corporations operating at international level, aimed at promoting responsible business conduct and sustainability. The Urbaser award could thus constitute a first step in the path towards which such voluntary rules can become, in the future, binding norms for multinational companies, as subjects of international law.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

NUOVE REGOLE PER LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE: LA SCELTA DELLA GIURISDIZIONE È DEMANDATA ALLA VOLONTÀ DELLE PARTI

Regolamento (Ue) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione)*

(Omissis)

SEZIONE 7 - Proroga di competenza

Articolo 25

1. Qualora le parti, indipendentemente dal loro domicilio, abbiano convenuto la competenza di un'autorità o di autorità giurisdizionali di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza spetta a questa autorità giurisdizionale o alle autorità giurisdizionali di questo Stato membro, salvo che l'accordo sia nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti. L'accordo attributivo di competenza deve essere:

- a. concluso per iscritto o provato per iscritto;
- b. in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro; o

* In *Gu-Ue* n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. Il testo integrale del Regolamento è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>. In argomento v. *infra*, p. 131 ss., il commento di *SALVATORE GUZZI*.

c. nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale ambito, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato.

2. La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole dell'accordo attributivo di competenza.

3. L'autorità o le autorità giurisdizionali di uno Stato membro alle quali l'atto costitutivo di un *trust* ha attribuito competenza a giudicare hanno competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un *trustee* o un beneficiario di un *trust*, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del *trust*.

4. Gli accordi attributivi di competenza e le clausole simili di atti costitutivi di *trust* non sono valide se in contrasto con le disposizioni degli artt. 15, 19 o 23 o se derogano alle norme sulla competenza esclusiva attribuita alle autorità giurisdizionali ai sensi dell'art. 24.

5. Una clausola attributiva di competenza che fa parte di un contratto si considera indipendente dalle altre clausole contrattuali.

La validità della clausola attributiva di competenza non può essere contestata per il solo motivo che il contratto è invalido.

Articolo 26

1. Oltre che nei casi in cui la sua competenza giurisdizionale risulta da altre disposizioni del presente regolamento, l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro davanti al quale il convenuto è comparso è competente. Tale norma non è applicabile se la comparizione avviene per eccepire l'incompetenza o se esiste un'altra autorità giurisdizionale esclusivamente competente ai sensi dell'art. 24.

2. Nelle materie di cui alle sezioni 3, 4 o 5, se il contraente dell'assicurazione, l'assicurato, il beneficiario di un contratto di assicurazione, la parte lesa, il consumatore o il lavoratore è il convenuto, l'autorità giurisdizionale, prima di dichiararsi competente ai sensi del par. 1, si assicura che il convenuto sia informato del suo diritto di eccepire l'incompetenza dell'autorità giurisdizionale e delle conseguenze della comparizione o della mancata comparizione.

(Omissis)

LA PROROGA DI GIURISDIZIONE PER VOLONTÀ DELLE PARTI NEL REGOLAMENTO (UE) N. 1215/2012. NUOVE PROSPETTIVE

Sommario: 1. *La prorogatio jurisdictionis tra disciplina e prospettive di riforma* - 2. *La volontà delle parti e la prorogatio negli strumenti convenzionali* - 3. *L'esigenza di revisione e la sua genesi* - 4. *Volontà sostanziale e disciplina della litispendenza* - 5. *La validità sostanziale nella prospettiva di soluzione uniforme* - 6. *Conclusioni.*

1. La prorogatio jurisdictionis tra disciplina e prospettive di riforma

Nella disciplina delle relazioni economiche il ruolo centrale riconosciuto alla volontà delle parti si manifesta anche nella scelta della legge regolatrice¹ e nella individuazione del foro competente a pronunciarsi nella soluzione delle possibili controversie. Nel primo caso, il criterio della *lex voluntatis* costituisce, secondo le stesse previsioni normative che si occupano di queste problematiche, addirittura l'indicazione principale di cui tener conto, al punto che, nel caso di assenza di espresse dichiarazioni delle parti, sono previsti degli indicatori che dovrebbero portare alla ricostruzione della loro volontà ipotetica². L'unico limite all'operatività del crite-

¹ Una centralità evidente è riconosciuta dalla Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, del 9 ottobre 1980, in *Guce* n. L 266 del 9 ottobre 1980, p. 1 ss., con relazione di accompagnamento a cura di *M. Giuliano* e *P. Lagarde*, in *Guce* n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 1 ss. La Convenzione è stata poi trasfusa nel Regolamento (Ce) n. 593/2008 del Parlamento e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *Guce* n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6.

² Una riprova se ne ha nella scelta del legislatore italiano rappresentata dalla formulazione dell'art. 57 della legge n. 218 del 31 maggio 1995 di riforma del diritto internazionale privato (DIP), in *Guri* n. 128 del 3 giugno 1995, *suppl. ord.*: «Le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili». Essa determina una generalizzazione della disciplina convenzionale che di fatto diviene *lex generalis* per l'ordinamento italiano, applicabile quindi anche a fattispecie esulanti dall'alveo Ue. La prevalenza della volontà delle parti nella determinazione del foro competente come *trend* evolutivo della disciplina dell'Unione viene sottolineata in maniera evidente da F. POCAR, nella *Relazione esplicativa alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007*, in *Guce* n. C 319 del 23 dicembre 2009, p. 1 ss.

rio della *lex voluntatis* è rappresentato, come è noto, dal limite dell'ordine pubblico (O.p.) e dalle norme di applicazione necessarie che nel sistema di Diritto Internazionale Privato (DIP) sono normalmente considerate come eccezioni al funzionamento della regola di conflitto³. Parimenti rilevante è il peso attribuito alla volontà delle parti nella scelta del foro competente a pronunciarsi sulle questioni che dovessero sorgere. La preferenza per tale criterio arriva fino al punto da consentire persino una deroga alla giurisdizione statale in favore dell'arbitrato.

Per quanto concerne, in particolare, i problemi legati alla scelta del foro, il diritto dell'Unione se ne occupa nell'ambito delle regole dedicate all'esercizio della giurisdizione e alla circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale che hanno trovato, da ultimo, sistemazione nel Regolamento (Ue) n. 1215/2012⁴ che ha sostituito il precedente (n. 44/2001) ampiamente recettivo della convenzione di Bruxelles del 1968⁵.

³ Un esempio di norma di applicazione necessaria è l'art. 1384 c.c. sulla riducibilità della clausola penale eccessivamente onerosa, mentre per l'ordine pubblico può rammentarsi l'inapplicabilità in Italia della normativa statunitense che non prevede tutela contro il licenziamento ingiustificato.

⁴ Regolamento (Ue) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gu-Ue* n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. Uno dei primi commenti che affronta anche il tema del presente studio è quello di S. M. CARBONE, *Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del Regolamento (UE) 1215/2012*, in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 651 ss.

⁵ Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss. Esso rappresenta la trasposizione della Convenzione di Bruxelles sul riconoscimento della giurisdizione e l'esecuzione in materia civile e commerciale del 1968 in un atto di diritto comunitario derivato a seguito della c.d. «comunitarizzazione» della cooperazione giudiziaria in materia civile per effetto del Trattato di Amsterdam. Agli albori ci si preoccupò di costruire la c.d. «quinta libertà» costituita dal riconoscimento della giurisdizione ed ancillare alle quattro libertà cardine del mercato interno mediante il ricorso al *pactum de contrahendo* del vecchio art. 220 TCE. Ne conseguì l'adozione della Convenzione di Bruxelles sul riconoscimento della giurisdizione e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 1968, in *Guce* n. L 229 del 31 dicembre 1972. È successiva ad essa l'idea di «Comunità di diritto» che troviamo affermata nella sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 1986, p. 1339, EU:C:1986:166, e nella più recente del 3 settembre 2008 in cause riunite n. C-402/05 P e n. C-415/05 P, *Kadi*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6351, EU:C:2008:461. Peraltro è una nozione che oggi può ritenersi propria anche del sistema CEDU perché affermata dalla Corte di Strasburgo in alcune pronunce fra cui quella resa in data 3 maggio 2011 (def. 28 novembre 2011), par. 69, nel caso *Negrepontis*, ricorso n. 56759/08: «La présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, mutatis mutandis, Rasmussen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1984, série A no 87, § 40)» nonché nella successiva sentenza del 24 giugno 2010, par. 98, *Schalk e Kopf*, ricorso n. 30141/04: «La présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (Petrovic, précité, § 38)».

La decisione di lasciare alle parti l'indicazione del foro competente costituisce una scelta quasi obbligata nello spazio giuridico europeo inteso quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁶. Su questo punto, nonostante gli aggiornamenti introdotti dal Regolamento del 2012, permangono ancora alcuni aspetti che andrebbero chiariti. Tra questi vi è quello concernente la validità sostanziale degli accordi di proroga della giurisdizione al quale è dedicata la presente ricerca.

2. La volontà delle parti e la *prorogatio* negli strumenti convenzionali

Nella prassi è ormai maturata la consapevolezza che l'attenzione per gli interessi da tutelare è più forte in coloro che contrattualmente ne determinano l'assetto. Questi ultimi, mentre con l'*optio legis* sceglieranno la legge che disciplinerà i loro rapporti anche nella patologia, con la scelta della giurisdizione finiranno anche per scegliere l'alveo in cui tale patologia dovrà trovare soluzione.

La proroga della giurisdizione in base alla volontà delle parti sembra una scelta quasi obbligata nello spazio giuridico europeo inteso quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La reciproca fiducia fra ordinamenti propria della comunità di diritto induce a funzionalizzare l'esercizio della giurisdizione allo spazio che si va a creare sì che, se nel 1968 poteva apparire prematuro inquadrare anche la scelta del foro nella c.d. quinta libertà, oggi non soltanto siamo di fronte ad una mutata realtà, ma va rivisitata forse la nozione stessa di esercizio della giurisdizione⁷.

Occorre, difatti, dare la prevalenza, piuttosto che all'aspetto di esplicazione della sovranità, al profilo del servizio di risoluzione delle controversie. Questa visione, lungi dal ridurre la giurisdizione ad un ruolo ancil-

⁶ È quell'evoluzione rappresentata dallo Spazio Giuridico Europeo che, introdotta col Trattato di Amsterdam, ha determinato una necessaria nuova lettura dell'esercizio della giurisdizione, anche nell'ottica di un più organico inquadramento nell'*optio legis* per la disciplina delle obbligazioni contrattuali, che conduce ad una centralità della realizzazione degli interessi individuali. Sul punto si richiama M. E. DE MAESTRI, *La proroga di giurisdizione nel nuovo Regolamento UE 1215/2012 (Bruxelles I bis)* in *Dir. comm. int.*, 2012, p. 607 ss.

⁷ L'opportunità, se non addirittura la necessità, di procedere ad una rilettura non tanto della *prorogatio* ma dello stesso rapporto fra giurisdizione e sovranità e della logica che lo governa, in una prospettiva di superamento del rapporto fra Stati sovrani nella diversa ottica di una globalizzazione fra mercati, ha animato in epoca recente il dibattito. Per l'impostazione più tradizionale si segnala R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova, Cedam, 2000; mentre per la prospettiva evolutiva si veda il contributo di P. BIAVATI, *Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 523-549.

lare, ne valorizza la funzione di garanzia e di conservazione dell'equilibrio di interessi che il contratto vuol perseguire⁸.

Del resto, se in tale contesto si giustifica, come accennato, l'opzione per l'arbitrato, non si vede perché non lasciare alle parti la scelta della giurisdizione statale in un'ottica di efficienza e di qualità⁹.

L'opzione per la libertà di scelta della giurisdizione nei suoi diversi risvolti ha ottenuto adeguata attenzione anche da parte della nostra Corte costituzionale che, investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 1341, comma 2°, 1342, comma 2°, c.c., e 4, comma 2°, della l. 31 maggio 1995, n. 218, con riguardo agli artt. 3 e 24 della Costituzione, ne ha dichiarato la manifesta infondatezza. La Consulta è stata chiara nell'assicurare la prevalenza della scelta della giurisdizione operata dalle parti, al di là del rispetto dei profili formali, per la sua evidente conformità alla prassi del commercio internazionale¹⁰.

Non è un caso che il legislatore UE, nell'enucleare gli spunti sui quali intervenire per la riforma del Regolamento (Ce) n. 44/2001, ha individuato fra gli altri anche la *prorogatio jurisdictionis*. Per vero la Convenzione di Bruxelles del 1968 all'art. 17 conteneva previsioni che lasciavano dubbi interpretativi. Nel consentire alle parti, delle quali almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato contraente, la possibilità di convenire la competenza di un dato giudice a conoscere delle controversie relative ad un determinato rapporto giuridico, l'art. 17 si limitava a richiedere, in maniera sibillina, la forma scritta o verbale, confermata per iscritto¹¹.

⁸ Questa tendenza a svincolare la giurisdizione dai valori dell'ordinamento per inquadrarla in un'ottica di servizio è ben espressa in N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁹ Reinterpretando il servizio giurisdizionale in quest'ottica, va da sé che la scelta delle parti sarà quasi sicuramente guidata dalla qualità oltre che dall'efficienza ed economicità. È l'ottica che ha guidato spesso la scelta contrattuale verso soluzioni arbitrali più che giurisdizionali oppure verso una rimodulazione negoziata dello stesso svolgimento dell'attività giurisdizionale sì come accade in Francia. Per un approfondimento v. H. CROZE, *Les procédures civiles avec ou sans professionnels: une nouvelle dimension de la conception française du procès civil?*, in L. CADJET - G. CANIVET (sous la direction de), *De la commémoration d'un Code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, LexisNexis, 2006.

¹⁰ Si tratta dell'ordinanza n. 428 del 9-18 ottobre 2000, che ha modo di sottolineare l'opzione del legislatore italiano per una più libera esplicazione dell'autonomia privata nella scelta della giurisdizione. Per un commento si richiama F. SALERNO, *Deroga alla giurisdizione e costituzione*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 33 ss.

¹¹ Una immediata lettura del testo originario dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles può aversi in *Guce* n. L 299 del 31 dicembre 1972, p. 32 ss. Esso è stato modificato e integrato più volte alla luce dei contributi chiarificatori operati dalla giurisprudenza una prima volta con l'adesione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito con la Convenzione del 9 ottobre 1978 pubblicata in *Guce* n. L 304 del 30 ottobre 1978. Su queste problematiche si richiama F. POCAR, *Linee di tendenza della Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze dopo l'adesione di nuovi Stati*, in AA.VV., *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, Cedam, 1989, p. 774 ss.

Questo spiega i necessari interventi di puntualizzazione operati dalla Corte di giustizia volti a chiarire i profili di sussistenza di un valido accordo sulla competenza. È stato così precisato che, lungi dal richiedersi il formalismo proprio di taluni ordinamenti, la scelta della giurisdizione potesse avvenire anche attraverso un mero rinvio a clausole generali, da effettuarsi in maniera espressa e chiara¹². Del pari è stato puntualizzato che il consenso tacito, ma necessitante conferma scritta se non espresso da entrambe le parti ma da una sola, sarà considerato significativo soltanto se rientrante in una prassi fra le stesse intercorrente¹³. E, ancora, quando è stato affrontato il problema della validità dell'accordo redatto in una lingua ammessa dalla prassi ma invalida per l'ordinamento del giudice dinanzi al quale è venuta in rilievo, si è optato per la sua validità ove la prassi commerciale fosse in questo senso¹⁴.

Va, ancora, rammentato l'intervento operato dalla Corte in un tempo in cui il testo originario dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles era stato già oggetto delle integrazioni operate nel 1978 con la Convenzione di Donostia - San Sebastian con l'inserimento del seguente periodo «sia, nel commercio internazionale, in una forma ammessa dagli usi in questo campo e che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere. Quando nessuna delle parti che concludono tale clausola è domiciliata nel territorio di uno Stato contraente, i giudici degli altri Stati contraenti non possono conoscere della controversia fintantoché il giudice o i giudici la cui competenza è stata convenuta non abbiano declinato la competenza».

L'interpretazione della Corte sul punto è stata nel senso di riaffermare che la conoscenza di un uso commerciale dovesse ritenersi sussistente se praticato largamente in un determinato settore commerciale¹⁵.

Elemento comune a tutte queste pronunce è la ribadita autonomia interpretativa dei requisiti indicati e precisati dalla norma dell'art. 17 che vengono sottratti a ogni e qualsivoglia tentazione di nazionalizzarne l'interpretazione¹⁶.

¹² Sentenza 14 dicembre 1976 in causa n. 24/76, *Estasis Salotti*, in *Raccolta*, 1976, p. 1831 ss., EU:C:1976:177, per la quale si segnala che nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti viene già evidenziata l'esigenza di autonomia interpretativa dell'art. 17.

¹³ Sentenza 14 dicembre 1976 in causa n. 25/76, *Galleries Segoura*, in *Raccolta*, 1976, p. 1851 ss., EU:C:1976:178.

¹⁴ Sentenza 24 giugno 1981 in causa n. 150/80, *Elefanten Schuh*, in *Raccolta*, 1981, p. 1688 ss., EU:C:1981:112.

¹⁵ Sentenza 16 marzo 1999 in causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, in *Raccolta*, 1999, I, 1597 ss., EU:C:1999:142, e in questa *Rivista*, 2000, p. 597 con nota di A. GRATANI, *La rilevanza degli usi nella Convenzione di Bruxelles*, p. 598.

¹⁶ Non è un caso che ciò venga ribadito non soltanto con riguardo alla formulazione originaria della Convenzione di Bruxelles e del suo art. 17 e poi con riguardo al testo integrato, ma

Punto di arrivo dell'*acquis* giurisprudenziale è stata la formulazione dell'art. 23 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 che ha indicato espressamente: «La clausola attributiva di competenza deve essere conclusa:

- a) per iscritto o oralmente con conferma scritta, o
- b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o
- c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato».

Precisando che: «La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva di competenza».

Anche se i requisiti appena indicati restano limitati al profilo formale, non v'è dubbio che essi determinino il superamento dell'approccio di tipo pretorio che la precedente formulazione finiva per postulare realizzando un quadro più certo e ampiamente riprodotto dell'*acquis* giurisprudenziale formatosi con riguardo alla Convenzione. Basti pensare al riferimento alla conclusione dell'accordo per iscritto o oralmente con conferma scritta; alle pratiche instauratesi fra le parti o a un uso del commercio internazionale che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere perché applicato fra le parti in contratti del medesimo tipo e nel ramo commerciale in cui operano.

Si è dato vita in questo modo a un regime di maggior certezza: i requisiti formali che fanno ritenere la presenza di un accordo e quindi una manifestazione di volontà delle parti sono codificati e lo sono in maniera paradigmatica piuttosto stringente.

Nell'esame dell'art. 23 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 colpiva, tuttavia, l'assenza di qualsivoglia riferimento ai parametri di validità sostanziale che potevano far ritenere la volontà delle parti realmente presente e senza vizi. In altri termini la sussistenza dei requisiti in esso elencati evidenziavano soltanto l'esistenza di un accordo e l'espressione del consenso ma prescindevano da ogni valutazione di sostanza.

Questa era la principale lacuna con riguardo alla quale si auspicava un intervento correttivo in sede di riforma.

anche con riferimento al Regolamento (Ce) n. 44/2001, *cit. supra*, nota 5. Sul punto si richiamano le sentenze 9 novembre 1978 in causa n. 23/78, *Meeth e Glacetal*, in *Raccolta*, 1978, p. 2133 ss., EU:C:1978:198; 9 novembre 2000 in causa n. C-387/98, *Coreck Maritime*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9337 ss., EU:C:2000:606; 19 luglio 2012 in causa n. C-154/11, *Mahamudia*, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2012, EU:C:2012:491.

3. L'esigenza di revisione e la sua genesi

Nel Libro Verde del 2009 sulla revisione del Regolamento (Ce) n. 44/2001¹⁷ la Commissione europea se da un lato sottolinea nel dettaglio le esigenze di effettività e rapidità che sottendono la scelta delle parti, dall'altro evidenzia l'esigenza di validità sostanziale dell'accordo su cui il Regolamento in questione era silente e che è invece il postulato dell'esistenza stessa di ciò che viene a manifestarsi.

Se è opportuno che «l'attore non venga privato di un foro legittimo per cause indipendenti dalla sua volontà» occorre naturalmente che tale volontà sia validamente espressa e che il relativo accertamento non venga affidato a soluzioni nazionali ma parametrato sulla base di un'unica norma di conflitto armonizzata in modo da poter «(...) sopperire all'incertezza circa la validità dell'accordo fissando, ad esempio, una clausola standard di attribuzione della competenza, che permetterebbe nello stesso tempo di accelerare la decisione sulla competenza da parte dei giudici», come evidenziato nel Libro Verde¹⁸.

La proposta di Regolamento¹⁹ recepisce questa osservazione. Nella relazione di accompagnamento si evidenzia l'introduzione di «una norma di conflitto uniforme sulla validità sostanziale dell'accordo di scelta del foro, garantendo così un risultato analogo su tale materia indipendentemente dal giudice adito»²⁰.

Si spiega così l'inserimento nell'art. 25 del Regolamento (Ue) n. 1215/2012, che emenda in parte la norma dell'art. 23 del Regolamento (Ce) n. 44/2001, dell'inciso «salvo che l'accordo sia nullo nel merito secondo la legge di tale Stato membro», ove la locuzione «Stato membro» sta ad indicare il *forum designatum*.

Un contributo a tale soluzione è sicuramente venuto dall'adozione della Convenzione dell'Aja del 2005 sugli accordi di scelta del foro²¹ alla

¹⁷ Libro Verde sulla «Revisione del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale», Com(2009)175 def.

¹⁸ Cfr. p. 5 del Libro Verde, *loc. cit.*, ove in nota si specifica, poi, che «(...) per quanto riguarda la validità dell'accordo, talvolta è stato suggerito che una norma di conflitto armonizzata potrebbe permettere di garantire un'applicazione uniforme delle norme del Regolamento».

¹⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, Com(2010)748 def./2 (rifusione), del 3 gennaio 2011.

²⁰ Sul punto si veda la proposta richiamata alla nota precedente e, in particolare, il punto 3.1.3, p. 9.

²¹ Si tratta della Convenzione del 30 giugno 2005 adottata nell'ambito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato.

quale l'UE ha aderito dopo un lungo negoziato soltanto il 26 febbraio 2009²². Benché tale Convenzione sia maturata in un'area diversa e fuori dall'ambito di stretta cooperazione e di comunità di diritto quale è lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, essa offre nelle sue previsioni un contributo importante alla soluzione del problema dell'individuazione della legge applicabile alla validità sostanziale dell'accordo sulla proroga di giurisdizione. Se non altro aiuta a comprendere la genesi dell'odierno art. 25 del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 e, soprattutto, fornisce non pochi spunti interpretativi. È ben vero che di un riferimento alla Convenzione dell'Aja sugli accordi di scelta del foro non v'è traccia alcuna nella proposta della Commissione ma, se si ha riguardo alla Relazione che la accompagna²³, e segnatamente ai richiami ai documenti che hanno preceduto l'adozione dello stesso Libro Verde del 2009, salta all'occhio il richiamo a studi effettuati sotto l'auspicio della stessa Commissione e a due studi indipendenti, uno svolto dall'Università di Heidelberg²⁴ e il *final report* elaborato da GHK²⁵. Indubbiamente si tratta di studi esterni, ma il loro solo richiamo rende evidente che la Commissione ha guardato con attenzione alla disciplina dei requisiti sostanziali dell'accordo, tentando così di colmare le lacune alla precedente formulazione dell'art. 23 del Regolamento (Ce) n. 44/2001.

In tali studi è in qualche modo sottolineata una sorta di *cross fertilization* che la citata Convenzione dell'Aja prevede, imponendo a coloro che vi aderiscono, un'interpretazione compatibile con i precedenti accordi vigenti fra gli Stati contraenti.

Va da sé che in vista di una (al tempo) possibile adesione dell'UE alla Convenzione, la Commissione abbia fatto propria la soluzione proposta

²² La Convenzione stessa è stata approvata dal Consiglio dell'Unione europea con decisione n. 2009/397/Ce del 26 febbraio 2009, in *Gu-Ue* n. L 133 del 29 maggio 2009, p. 1 ss.

²³ Non è un caso che la Commissione a p. 4 faccia riferimento non soltanto all'ampia consultazione avviata con gli Stati membri ma anche ad uno studio del 2007 sull'applicazione pratica del Regolamento curato dal Professor *Burckard Hess* dell'Università di Heidelberg, reperibile sul sito internet http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf, nonché a quello del 2006 sulla competenza sussidiaria condotto dal Professor *Arnaud Nuyts* dell'Università di Bruxelles, reperibile sul sito internet http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf.

²⁴ Si tratta dello studio operato dalla Ruprecht-Karls-Universität di Heidelberg, a cura di B. HESS - T. PFEIFFER e P. SCHLOSSER, Study JLS/C4/2005/03, *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, versione definitiva del settembre 2007, *loc. cit.*

²⁵ Si tratta dello studio «*Study to inform an Impact Assessment on the Ratification of the Hague Convention on Choice of Court Agreements by the European Community*», del 7 dicembre 2007, redatto dalla GHK Consulting e reperibile sul sito internet http://ec.europa.eu/justice/civil/files/ia_choice_courts_agreement_en.pdf.

dall'art. 5 di quel testo quanto alla legge regolatrice dei requisiti di validità sostanziale dell'accordo.

La formulazione è chiara: «1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State».

È allora evidente che, individuato il titolo di giurisdizione nella volontà delle parti, rispetto ad ogni altra questione assume priorità il problema di stabilire in base a quale legge deve essere valutata la sua valida manifestazione.

Va da sé la specificazione – che pure è di ausilio interpretativo – con la quale si apre la rubrica del successivo art. 6 e, segnatamente, quella di cui alla sua lett. *a*. Secondo tale disposizione, infatti, «Tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu sursoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si :

- a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;
- b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;
- c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ;
- d) pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre; ou
- e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige».

Si spiega così la soluzione adottata nella nuova formulazione dell'art. 25 del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 ove è stato inserito quell'inciso, prima assente, e che è ampiamente riproduttivo della disposizione dell'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 2005 e della lett. *a*. dell'art. 6, secondo cui: «Qualora le parti, indipendentemente dal loro domicilio, abbiano convenuto la competenza di un'autorità o di autorità giurisdizionali di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza spetta a questa autorità giurisdizionale o alle autorità giurisdizionali di questo Stato membro, salvo che l'accordo sia nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro».

La formulazione odierna individua i requisiti di forma in presenza dei quali deve presumersi il consenso fra le parti e che devono ricevere quell'interpretazione autonoma che la Corte di giustizia ha precisato nei

suoi interventi già nei riguardi della Convenzione di Bruxelles²⁶. Quanto al diritto applicabile alle valutazioni di validità sostanziale saranno individuate nel *forum designatum*²⁷.

La nuova formulazione dell'art. 25 del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 indubbiamente appare più precisa del disposto delle due norme della Convenzione dell'Aja: ciò si spiega alla luce del diverso contesto in cui le due disposizioni sono chiamate a operare. Nello spazio giuridico europeo, infatti, la reciproca fiducia fra ordinamenti è più forte al punto che nel testo dell'art. 25 scompaiono quegli spazi di discrezionalità che nella rubrica dell'art. 6 della convenzione consentono alle giurisdizioni nazionali di affermare la propria giurisdizione in luogo del *forum designatum*²⁸.

Non v'è dubbio che l'inciso «salvo che l'accordo sia nullo nel merito secondo la legge di tale Stato membro» dia un contributo alla soluzione del problema in precedenza lasciato alla scelta della giurisdizione adita, che poteva anche non essere in prima battuta quella scelta dalle parti. Tra l'altro, nemmeno i correttivi di litispendenza erano di per sé i soli idonei a risolvere il problema, in quanto la scelta del foro, in assenza di criteri di collegamento univoci atti ad individuare il diritto applicabile, potevano condurre alla paradossale conseguenza di soluzioni diverse a seconda del giudice che fosse stato adito per primo²⁹. Restano però alcuni problemi in parte aperti dallo stesso Regolamento, in parte derivanti dalla formulazione dell'inciso ivi contenuto e dal gioco della litispendenza, ove se ne faccia una lettura coordinata con i lavori preparatori³⁰.

²⁶ Tale autonomia è stata affermata più volte dalla Corte di giustizia ad iniziare dal più remoto caso *Galeries Segoura*, che ha dato luogo alla sentenza 14 dicembre 1976 in causa n. 25/76, *cit. supra*, nota 13, per passare alla sentenza 24 giugno 1981 in causa n. 150/80, *Elefanten Schuh*, *cit. supra*, nota 14, fino a giungere alla sentenza 16 marzo 1979 in causa n. C-159/97, *Trasporti Castelletti*, *cit. supra*, nota 15.

²⁷ Individuato in maniera chiara e inequivoca dalla formulazione del nuovo Regolamento quale legge chiamata a disciplinare la validità sostanziale del consenso.

²⁸ Va considerato che il Regolamento (Ue) n. 1215/2012, *cit. supra*, nota 4, trova applicazione in Stati fra i quali sussiste una cooperazione strettissima e in relazione ai quali il limite dell'ordine pubblico, al contrario di ciò che avviene nel sistema della Convenzione dell'Aja del 2005, *cit. supra*, nota 21, non entrerà in gioco e così le valutazioni di ragionevolezza che pure possono spingere in quel sistema a non dar spazio alla clausola di elezione del foro. Sul punto si richiama F. POCAR, *Brevi riflessioni in tema di revisione del Regolamento Bruxelles I e clausole di scelta del foro*, in *Dir. comm. int.*, 2012, p. 327 ss.

²⁹ Si pensi alla situazione che pure poteva determinarsi in assenza di una disciplina uniforme della validità sostanziale dell'accordo e, quindi, della triplice opzione che si determinava ancora sotto il vigore del Regolamento (Ue) n. 44/2001 tra *lex fori*, legge del foro prescelto, e *lex causae* quale regolatrice del contratto. La scelta di un giudice determinava la conseguente possibile applicazione di leggi differenti e di differenti soluzioni. Per un approfondimento si rinvia a M. E. DE MAESTRI, *La proroga di giurisdizione nel nuovo Regolamento UE n. 1215/2012 (Bruxelles I bis)*, in *Dir. comm. int.*, 2014, p. 607 ss.

³⁰ La relazione che accompagna la proposta di riforma del Regolamento (Ue) n. 44/2001, poi trasfusa nel Regolamento (Ue) n. 1215/2012, evidenzia l'esigenza di introdurre «(...) una

L'inserimento del citato inciso si presenta problematico per l'interprete perché esso non va letto come riferito ai profili formali, con un conseguente *revirement* che condurrebbe a valutazioni di tipo nazionale: va evitato ogni passo indietro rispetto all'evoluzione giurisprudenziale che è ormai consolidata nell'affermare la portata autonoma dei requisiti formali dell'accordo³¹.

Va anche chiarito che il dubbio avanzato al tempo della revisione, e cioè se la validità sostanziale dell'accordo dovesse essere valutata soltanto alla luce del diritto materiale dell'ordinamento della giurisdizione designata o anche in base alle norme di DIP di quest'ultimo, deve essere risolto nel secondo senso.

Sul punto non giovano i lavori preparatori, quanto il *considerando* n. 20 del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 che contiene al riguardo una precisazione testuale: «Quando emerge una questione circa la validità di un accordo relativo alla scelta del foro a favore dell'autorità giurisdizionale o delle autorità giurisdizionali di uno Stato membro, essa dovrebbe essere decisa secondo la legge dello Stato membro del foro o dei fori prescelti nell'accordo, comprese le norme di tale Stato membro sul conflitto di leggi».

Tale soluzione è in linea con quanto contenuto nella Convenzione dell'Aja del 2005 – almeno se si ha riguardo a quanto affermato nella relazione di accompagnamento – e si spiega atteso il carattere *self executing* del Regolamento, benché l'auspicio dell'adozione di una norma armonizzata, formulato nel Libro Verde del 2009, può dirsi solo parzialmente realizzato.

Viene, infatti, a verificarsi una situazione tutt'affatto particolare perché occorre *in primis* considerare quanto affermato dalla nuova formulazione dell'art. 25 che impone un autonomo scrutinio di validità della clausola di scelta del foro rispetto all'intero accordo nel quale è contenuta: ne risulta una priorità di valutazione della clausola stessa rispetto ad ogni altra che il giudice adito andrà ad operare. Argomenti interpretativi in tal senso si ricavano dallo stesso Libro Verde che, nel ribadire in più punti l'esigenza di effettività e celerità dei procedimenti giurisdizionali, conte-

norma di conflitto uniforme sulla validità sostanziale dell'accordo di scelta del foro, garantendo così un risultato analogo su tale materia indipendentemente dal giudice adito». Al riguardo si rinvia al punto 3.1.3 della proposta Com(2010)748 748 def./2, *cit. supra*, nota 19. È significativo che il Libro Verde del 2009, *cit. supra*, nota 17, si soffermi, a proposito dell'accordo di scelta del foro, sul rischio che il giudice designato nella clausola, ove l'accordo stesso fosse invalido, sarebbe tenuto a pronunciarsi determinando di fatto una illogica priorità che priverebbe l'attore di un foro legittimo per ragioni indipendenti dalla sua volontà.

³¹ Sul punto e per un'ampia disamina si rinvia a U. MAGNUS - P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law - Brussels I bis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, sub. art. 25 e in particolare le pp. 626-627 ove il rischio e il suo superamento vengono fatti oggetto di attenta analisi.

stualmente evidenzia la necessità che l'attore non venga privato di un foro legittimo.

4. Volontà sostanziale e disciplina della litispendenza

Si pone a questo punto il problema del coordinamento di quanto stabilito nell'inciso in esame con l'art. 31 dello stesso Regolamento che contempla l'ipotesi della litispendenza e che impone l'obbligo, per ogni altro giudice che venisse adito anche prioritariamente rispetto a quello designato dalla volontà delle parti, di sospendere il procedimento: «Qualora la competenza esclusiva a conoscere delle domande spetti a più autorità giurisdizionali, quella successivamente adita rimette la causa all'autorità giurisdizionale adita in precedenza».

Cosa accade, però, nell'ipotesi in cui non si verifichi litispendenza, e l'accordo sulla *electio fori*, pur presentando tutti i requisiti di validità formale, sia sostanzialmente invalido alla luce dell'ordinamento del *forum designatum* e la questione venga in rilievo dinanzi ad un giudice diverso da quello individuato dalle parti che non viene o non verrà mai adito?

Questo problema non è risolto né dalla disposizione dell'art. 31 e neppure dall'art. 25 del Regolamento (Ue) n. 1215/2012. Il riferimento contenuto nel Libro Verde è forse più illuminante della stessa relazione che accompagna la proposta di Regolamento³². Se, infatti, quest'ultima pone l'accento sulla priorità del giudice designato dalle parti, indipendentemente dal fatto che sia stato adito per primo o per secondo, l'esigenza di tutela del foro legittimo è ben evidenziata dai lavori preparatori e in particolare dalle consultazioni al livello statale oltre che dal Libro Verde³³. Se non v'è conflitto fra giudice adito e giudice designato nella clausola di proroga, non sussistendo litispendenza, esso ben potrà valutare *prima facie* la rilevanza della clausola di proroga delibandone la validità sostanziale nell'ottica della sua effettiva sussistenza³⁴.

³² Nel Libro Verde Com(2009)175 def., *cit. supra*, nota 17, viene infatti evidenziato: «Il giudice designato nell'accordo si pronuncerebbe così per primo sulla propria competenza e qualsiasi altro giudice adito suspenderebbe il procedimento finché non sia accertata la competenza del giudice prescelto. Questa soluzione, già prevista dal Regolamento quando nessuna parte è domiciliata in uno Stato membro, permetterebbe di allineare in larga misura le norme comunitarie interne a quelle internazionali, ma presenterebbe l'inconveniente, in caso di accordo invalido, di imporre alla parte di far accertare l'invalidità dinanzi al giudice designato nell'accordo prima di poter adire il giudice altrimenti competente».

³³ Sempre il documento richiamato alla nota precedente evidenzia: «Occorre inoltre garantire che l'attore non venga privato di un foro legittimo per ragioni indipendenti dalla sua volontà».

³⁴ La situazione benché considerata eccezionale è stata oggetto di qualche attenzione in dottrina al tempo dell'entrata in vigore del Regolamento (Ue) n. 1215/2012. Si richiama sul punto S. M. CARBONE, *Gli accordi di proroga della giurisdizione*, *cit. supra*, nota 4.

Ovviamente, il foro designato può essere considerato legittimo solo se il consenso manifestato al riguardo è stato validamente formato. In difetto si creerebbe una situazione in cui la volontà delle parti non c'è o è invalida, per cui il foro designato non potrebbe identificarsi con il «foro legittimo». In tale ultima ipotesi mantener ferma la proroga avrebbe l'effetto di privare l'attore proprio di quest'ultimo che andrebbe, per converso, individuato secondo i criteri generali o speciali indicati dal Regolamento stesso.

In altri termini, ove non si verifichi l'ipotesi di litispendenza e, quindi, si versi in un caso di inapplicabilità dell'art. 31, l'unica soluzione praticabile sembrerebbe essere quella che il giudice adito, diverso da quello designato, operi una valutazione di validità sostanziale dello stesso accordo di scelta del foro, applicando la norma di conflitto armonizzata.

L'esigenza di garantire l'univocità di valutazione della validità sostanziale dell'accordo quale che sia il giudice adito viene comunque ad essere salvaguardata e così l'esigenza di certezza e di valutazione in autonomia della clausola di scelta del foro. In altri termini il giudice adito, prima ancora di dichiararsi incompetente, dovrà valutare la validità sostanziale della clausola attributiva di competenza richiamando le norme dell'ordinamento del giudice che sarebbe competente se la clausola di designazione fosse valida³⁵. Tale soluzione è in linea non soltanto con l'esigenza emersa nel Libro Verde ma ha una sua giustificazione alla luce anche dell'esigenza di garantire una conformità alla volontà delle parti, volontà la cui validità sostanziale va verificata ... a pena della sua stessa possibile sussistenza³⁶.

Ove così non fosse non si spiegherebbe l'inserimento dell'inciso «salvo che l'accordo sia nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro». Una semplice disposizione sulla litispendenza, infatti, redatta con una precisione anche minore dell'art. 31 avrebbe già apprestato una soluzione soddisfacente come, del pari, la pre-

³⁵ Salva l'ipotesi di litispendenza, vale a dire di giudici aditi contemporaneamente o di giudice designato adito successivamente perché, in tal caso, la scelta obbligata è quella prescritta dal Regolamento stesso di priorità logica a favore del giudice designato, salva una sua pronuncia di invalidità dell'accordo o di sua incompetenza.

³⁶ Obiettivo della proposta è quello, fra l'altro, di «migliorare l'efficacia degli accordi di scelta del foro. Attualmente il Regolamento fa obbligo al giudice designato dalle parti in un accordo di scelta del foro di sospendere il procedimento se in precedenza è stato adito un altro giudice (...)», occorre però che sussista un valido accordo, non si spiegherebbe altrimenti quanto più oltre si specifica circa la necessità di introdurre «(...) una norma di conflitto uniforme sulla validità sostanziale dell'accordo di scelta del foro, garantendo così un risultato analogo su tale materia indipendentemente dal giudice adito». In assenza di un valido accordo di scelta del foro neppure sarebbe a parlarsi di conformità della scelta alla volontà delle parti e di un foro legittimo.

visione di una competenza esclusiva senza le precisazioni di cui all'inciso poteva essere di per sé sola sufficiente ad evitare tattiche dilatorie.

Restava però aperto il problema del controllo della validità sostanziale e quindi dell'identificazione del «foro legittimo» che, in ipotesi di invalida designazione, potesse validamente *jus dicere* garantendo efficienza e rapidità.

Un ulteriore elemento sembra militare per la soluzione che qui si prospetta e cioè che un giudice adito possa valutare la validità sostanziale sulla base delle norme del *forum designatum* e in ipotesi di invalidità affermare la propria competenza in base agli ordinari titoli di giurisdizione ex artt. 5 ss. del Regolamento (Ue) n. 1215/2012.

5. La validità sostanziale nella prospettiva di soluzione uniforme

L'inciso *salvo che l'accordo sia nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro* non sembra determinare l'abbandono dell'elaborazione giurisprudenziale avviata sotto la Convenzione di Bruxelles e sviluppatasi anche nel vigore del Regolamento (Ce) n. 44/2001 che ne recepisce ampiamente il contenuto³⁷.

Un passo indietro rispetto all'elaborazione di valutazioni autonome dei requisiti formali di validità sembra davvero una forzatura che non si giustifica né in base ai lavori preparatori né tenendo conto dei *considerando* del Regolamento. Semmai anche dai documenti di studio sembra doversi optare per un mantenimento degli *standard* elaborati, anzi, per una loro precisazione³⁸.

³⁷ In particolare si segnalano le sentenze 14 dicembre 1976 in causa n. C-24/76, *Estasis Salotti*, cit. supra, nota 12; 14 dicembre 1976 in causa n. C-25/76, *Galeries Segoura*, cit. supra, nota 13; 9 novembre 1978 in causa n. C-23/78, *Meeth e Glacetal*, cit. supra, nota 16; 24 giugno 1981 in causa n. C-150/80, *Elefanten Schuh*, cit. supra, nota 14; 16 marzo 1999 in causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. supra, nota 15. Va segnalata la conferma di quest'orientamento anche nella recente giurisprudenza interna di legittimità per la quale si richiama Cass. 9 maggio-19 settembre 2017, n. 21622.

³⁸ Nel Report dell'Università di Heidelberg, cit. supra, nota 24, è ben sottolineata l'esigenza di tesaurizzare l'*acquis* giurisprudenziale formatosi in precedenza sull'autonomia dei requisiti formali e sulla derivante «presunzione di validità»: si richiama specificamente il contributo di T. PFEIFFER, p. 159 e, ancor più, p. 163, ove l'autore evidenzia che «Moreover, there are two other reasons for a reluctant approach as to change or abolish conformity with usages as a way for forming a choice of forum agreement». Il rischio di un ritorno al passato sembra infatti piuttosto remoto, benché temuto, con riguardo alla nuova formulazione come pure sottolinea U. MAGNUS - P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law*, cit. supra, nota 31, p. 628 e, ancor più, p. 630, ove si evidenzia «In the interest of the widest possible uniformity in the application of Art. 25 it is preferable to give an autonomously interpreted part of the provision a wide range and rather to restrict the ambit of those parts which vie private International law lead to finally differing National law».

Il quadro che ne risulta è che, se sussistono i requisiti formali di cui all'art. 23 del Regolamento (Ce) n. 44/2001, ora art. 25 Regolamento (Ue) n. 1215/2012, sussiste un accordo e un consenso sulla *prorogatio jurisdictionis* non soltanto presente ma addirittura presunto.

La formulazione del ricordato inciso sembra postulare nel suo tenore testuale la presenza di un accordo che, dal punto di vista dei requisiti formali, dovrebbe considerarsi valido, ma che non lo è per ragioni sostanziali. Si tratterebbe, cioè, di un accordo che ha tutta l'apparenza di validità ma che è suscettibile di vedere accertata la sua annullabilità o dichiarata la sua nullità a seguito di uno scrutinio di tipo sostanziale da condursi alla luce dell'ordinamento dello Stato che avrebbe giurisdizione. Tale scrutinio, atteso il chiaro riferimento al DIP contenuto nel *considerando* n. 20, crea qualche problema di coordinamento perché gli ordinamenti degli Stati membri non prevedono soluzioni uniformi né di tipo sostanziale né quanto alle norme di conflitto. Né giova il Regolamento (Ce) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali che espressamente esclude dalla sua sfera applicativa gli accordi relativi alla giurisdizione.

Ad aggravare la situazione vi è l'uniformità e l'autonomia di soluzione che è stata data ai profili formali ai quali non sembra rispondere una uniformità dei requisiti sostanziali, con il rischio per questi ultimi di un rinvio a ordinamenti in qualche caso estranei all'alveo europeo.

Dove mettere il punto?

In sede di preparazione del Regolamento (Ue) n. 1215/2012, soprattutto nell'ottica del coordinamento con la Convenzione dell'Aja del 2005, si tentò di approfondire la questione e in uno studio indipendente del 2005 venne evidenziato che la futura adozione di un diritto uniforme dei contratti a livello europeo sicuramente avrebbe apprestato una valida soluzione anche sul piano interpretativo³⁹.

Il problema resta *de jure condito*. In assenza di uniformità delle norme di DIP sugli accordi in materia di giurisdizione una soluzione potrebbe venire dall'utilizzo, in via meramente interpretativa ed analogica, delle disposizioni del Regolamento (Ce) n. 593/2008⁴⁰, con la conseguente «gerar-

³⁹ Si richiama sul punto lo studio, *cit. supra*, nota 24, e, in particolare, il contributo di T. PFEIFFER, p. 159 «In the long run, it might be helpful in this respect if the planned Common Frame of Reference for European Contract Law will be accepted; in this case a reference to that instrument, which is intended to operate as a toolbox for European legislation and which therefore could also be used for the purposes of Art. 23 JR, could be advisable» e, ancora p. 173, «A further harmonisation of the law relating to the formation of choice of forum agreements should be considered with regard to the future Common Frame of Reference for European Contract law and to the Hague Convention on Choice of Forum Agreements». Trattasi di auspicio ribadito anche nelle conclusioni del citato studio, p. 353.

⁴⁰ La soluzione è indubbiamente suggestiva e potrebbe apparire quale l'unica vantaggiosa in presenza della chiara statuizione del *considerando* n. 20 del Regolamento (Ue) n. 1215/2012.

chia» di criteri di collegamento: volontà delle parti, prestazione caratteristica, collegamento più stretto. Tale soluzione appare tanto più necessitata perché in molti Stati le norme di conflitto che dovrebbero applicarsi, in assenza di disciplina europea, sono quelle vigenti prima della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980 e del Regolamento Roma I che in alcuni di essi sono state abrogate: in tali casi ci si troverebbe di fronte ad un più problematico vuoto normativo⁴¹.

Il quadro che ne risulta è di una disciplina uniforme quanto ai requisiti di forma che fondano la validità presunta, mentre per la disciplina della validità sostanziale l'uniformità è limitata all'individuazione di un unico ordinamento con lo spazio interpretativo lasciato, per quanto s'è affermato, all'operatore dalle norme di conflitto di quest'ultimo.

6. Conclusioni

Pur con i limiti che si sono segnalati, il tentativo di costruire nel Regolamento (Ue) n. 1215/2012 una soluzione univoca al problema dei vizi della volontà incidenti sul valido formarsi del consenso merita un indubbio apprezzamento. Resta indiscussa e indiscutibile ogni interferenza dell'inciso sui requisiti formali dell'accordo che vengono confermati nella loro autonomia come identificati dalla stessa norma, così come risulta ferma la validità presunta dell'accordo col solo loro ricorrere nella fattispecie concreta. Detta validità potrà essere posta in discussione sussistendo i vizi della volontà, la cui valutazione va operata comunque alla luce delle disposizioni del foro prorogato.

Quando la domanda giudiziale venga proposta dinanzi a giudice diverso da quello designato e, in assenza di litispendenza, sia messa in discussione la validità sostanziale del consenso, a valutarla sarà questo giudice individuato secondo gli ordinari criteri di giurisdizione fissati dal Regola-

L'espressa esclusione dell'alveo applicativo del Regolamento (Ce) n. 593/2008, *cit. supra*, nota 1, degli accordi relativi alla giurisdizione, da un lato, e la necessità comunque di far luogo a soluzioni univoche, dall'altro, sembra imporre questa scelta: per conseguenza occorrerebbe individuare ove si volesse far applicazione delle norme di DIP all'*optio legis* operata dalle parti nella disciplina del contratto, oppure alla legge del luogo della prestazione caratteristica o, infine, all'ordinamento che ha il legame più stretto con la fattispecie. Sul punto in dottrina si richiama U. MAGNUS - P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law*, *cit. supra*, nota 31.

⁴¹ La necessità, sottolineata in dottrina, deriva dal fatto che gli stessi lavori preparatori non sembrano essere di ausilio. Peraltro in diversi Stati o si è proceduto ad una generalizzazione delle disposizioni della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, oppure si è proceduto alla loro abrogazione dopo l'entrata in vigore del Regolamento Roma I com'è avvenuto in Germania.

mento. Tale soluzione è coerente con la scelta di autonomia della disciplina uniforme anche per i profili sostanziali. Inoltre, essa presenta l'ulteriore vantaggio che, ove l'ordinamento del *forum designatum* offrisse maggiori garanzie per far valere l'invalidità del consenso e il giudice adito fosse il foro legittimo, per utilizzare le parole del Libro Verde, si determinerebbe il definitivo radicamento della competenza.

In altri termini e facendo riferimento ai soli titoli generali fissati dal Regolamento che individuerebbero il giudice adito quale competente, quest'ultimo validamente ed efficacemente potrebbe apprestare la tutela richiesta.

Questa soluzione è conforme, nella particolare ottica europea dello spazio giudiziario, all'inquadramento della giurisdizione come di un servizio funzionale alla piena garanzia dell'assetto di interessi sancito dall'accordo che, anche nella patologia dell'esecuzione del rapporto, la reale volontà delle parti intende perseguire.

La diversa opzione, vale a dire la rinuncia a delibare la validità della clausola da parte del giudice adito, diverso da quello designato, produrrebbe la conseguenza di attribuire rilievo ad una volontà delle parti in realtà assente perché invalidamente formatasi o addirittura inesistente.

Il rischio è quello di una soluzione formale poco rispondente all'orientamento non solo del commercio internazionale ma dello stesso DIP europeo la cui tendenza alla materializzazione delle soluzioni è resa evidente dai non pochi interventi normativi fino ad oggi succedutisi.

Salvatore Guzzi*

SINTESI

Lo studio ha ad oggetto il problema della validità sostanziale degli accordi di proroga della giurisdizione e la soluzione introdotta con il Regolamento (Ue) n. 1215/2012 che nasce dalla centralità che nella contrattualistica internazionale ha assunto la volontà delle parti.

La formulazione dell'art. 25 del Regolamento ne rappresenta il punto di arrivo con l'individuazione di un unico ordinamento di riferimento pur con i problemi che determina il possibile ricorso alle norme di DIP di quest'ultimo e che inevitabilmente conduce ad una soluzione analogica fondata sul Regolamento (Ce) n. 593/2008 altrimenti inapplicabile.

* Dottore di Ricerca in Diritto della Concorrenza e del Mercato nell'Unione europea / Università degli Studi di Napoli Federico II

Quanto prospettato nell'articolo appare conforme alle due esigenze emerse in sede di riforma, vale a dire quella di rapidità e di garanzia di un foro legittimo perché conforme ad una volontà delle parti effettivamente sussistente.

ABSTRACT

This research is based on the question of the substantive validity of the agreements for extending the jurisdiction and the modes of procedure introduced by the Regulation (EU) n. 1215/2012 centre highlighted in the role attributed to the will of the parties in the international contracts.

The wording of art. 25 of the Regulation represents the conclusion reached with the identification of a single order although with the issues determined by the possible recourse at its rules of International Private Law, which is inevitably leading to an analog solution founded on the otherwise unworkable Regulation (EC) n. 593/2008.

How envisaged in this article it appears compatible with the two identified needs made in the recast of the Regulation on the jurisdiction, both the quickly decisions and the guarantee of a legitimate Court which complies with a valid will of the parties

AUMENTA IL NUMERO DEI GIUDICI DEL TRIBUNALE DELL'UNIONE A GARANZIA DI UNA MAGGIORE EFFICACIA DELL'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI DIFESA E DI UN PROCESSO PIÙ VELOCE ED EFFICIENTE

Regolamento (Ue, Euratom) 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2015 recante modifica del protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 254, primo comma, e l'art. 281, secondo comma,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, in particolare l'art. 106 *bis*, par. 1,
vista la richiesta della Corte di giustizia,
visti i pareri della Commissione europea¹,
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria²,
considerando quanto segue:

1. A causa del progressivo ampliamento delle sue competenze dal momento della sua istituzione, il numero di cause dinanzi al Tribunale è ora in costante aumento.

2. Attualmente, la durata dei procedimenti non sembra accettabile per le parti coinvolte, in particolare alla luce dei principi enunciati sia dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

* In *Gu-Ue* n. L 341 del 24 dicembre 2015, p. 14 ss. Il testo integrale del Regolamento è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>. In argomento v. *infra*, p. 153 ss., il commento di GIACOMO DALLA VALENTINA.

¹ Parere del 30 settembre 2011, in *Gu-Ue* n. C 335 del 16 novembre 2011, p. 20, e parere del 12 novembre 2015, non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*.

² Posizione del Parlamento europeo del 15 aprile 2014, non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*, e posizione del Consiglio in prima lettura del 23 giugno 2015, in *Gu-Ue* n. C 239 del 21 luglio 2015, p. 14. Posizione del Parlamento europeo del 28 ottobre 2015, non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*, e decisione del Consiglio del 3 dicembre 2015.

3. La situazione in cui si trova il Tribunale dipende da cause connesse, tra l'altro, all'intensificazione e alla diversificazione degli atti giuridici delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché al volume e alla complessità delle cause di cui il Tribunale è investito, soprattutto in materia di concorrenza, aiuti di Stato e proprietà intellettuale.

4. Non è stato fatto uso della possibilità, prevista dall'art. 257 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), di istituire tribunali specializzati.

5. Si dovrebbero pertanto adottare adeguate misure di natura organizzativa, strutturale e procedurale, incluso, in particolare, un aumento del numero dei giudici, per far fronte a tale situazione. Fare uso della possibilità, prevista dai Trattati, di aumentare il numero di giudici del Tribunale consentirebbe di ridurre in breve tempo sia il volume di cause pendenti sia l'eccessiva durata dei procedimenti dinanzi ad esso.

6. Tenendo conto dell'evoluzione del carico di lavoro del Tribunale, è opportuno che il numero dei giudici sia fissato a 56 al termine di una procedura articolata in tre fasi in cui ciascuno Stato membro propone la nomina di due giudici, fermo restando che nel Tribunale non possono mai sedere più di due giudici nominati su proposta di uno stesso Stato membro.

7. Il comitato di cui all'art. 255 TFUE tiene conto in particolare dell'indipendenza, dell'imparzialità, delle competenze e dell'idoneità professionale e personale dei candidati.

8. Al fine di ridurre rapidamente l'arretrato di cause pendenti, dodici giudici supplementari dovrebbero entrare in carica alla data di entrata in vigore del presente Regolamento.

9. Nel settembre 2016 la competenza a decidere in primo grado in materia di funzione pubblica dell'Unione europea e i sette posti dei giudici presso il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea («Tribunale della funzione pubblica») dovrebbero essere trasferiti al Tribunale sulla base della richiesta legislativa già annunciata dalla Corte di giustizia. Tale richiesta esaminerà le modalità di trasferimento dei sette posti di giudice del Tribunale della funzione pubblica, compresi il suo personale e le sue risorse.

10. Nel settembre 2019 dovrebbero entrare in carica i rimanenti nove giudici. Per garantire l'efficacia in termini di costi, tale circostanza non dovrebbe comportare l'assunzione di referendari supplementari né di altro personale di sostegno. Le misure di riorganizzazione interna in seno all'istituzione dovrebbero assicurare un uso efficiente delle risorse umane esistenti, che dovrebbero essere uguali per tutti i giudici, fatte salve le decisioni del Tribunale in merito alla sua organizzazione interna.

11. È di fondamentale importanza garantire l'equilibrio di genere in seno al Tribunale. Per conseguire tale obiettivo, è opportuno organizzare i rinnovi parziali del Tribunale in modo tale da portare progressivamente i governi degli Stati membri a proporre due giudici in occasione del medesimo rinnovo parziale, allo scopo di privilegiare pertanto, nel rispetto delle condizioni e delle procedure

previste dai Trattati, la scelta di una donna e di un uomo.

12. È necessario adattare di conseguenza le disposizioni dello statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea sul rinnovo parziale dei giudici e degli avvocati generali che ha luogo ogni tre anni.

13. Come già annunciato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, essa presenterà, quale seguito della riforma del Tribunale, dati annuali sulla sua attività giurisdizionale e, se del caso, proporrà misure appropriate. Nella seconda e terza fase dell'ampliamento del Tribunale, si procederà a una valutazione della situazione del Tribunale stesso la quale, se necessario, potrebbe portare a determinati adeguamenti, soprattutto sotto il profilo delle spese amministrative della Corte.

14. È opportuno pertanto modificare di conseguenza il protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, hanno adottato il presente regolamento:

(Omissis)

LA RIFORMA DELLA COMPOSIZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: **1.** *Introduzione* - **2.** *La modifica dello Statuto della Corte: il quadro istituzionale e "costituzionale"* - **3.** *Genesi e gestazione della riforma, tra paralisi istituzionali e negoziati informali* - **4.** *Il raddoppio dei giudici del Tribunale, tra carico di lavoro, arretrato e produttività istituzionale* - **5.** *L'argomento del délai raisonnable: ricognizione critica del revirement nelle sentenze Gascogne e Kendrion* - **6.** *Le criticità legate alla soppressione del Tribunale della funzione pubblica* - **7.** *Riflessioni conclusive.*

1. Introduzione

Sono trascorsi ormai due anni dall'approvazione del Regolamento (Ue, Euratom) n. 2422/2015¹, con il quale le istituzioni dell'Unione hanno portato a termine una travagliata procedura legislativa avviata nel 2011 e volta a operare una revisione dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea², nell'intento di fornire una risposta strutturale e duratura al problema del crescente sovraccarico di lavoro del Tribunale.

Per un certo periodo, la riforma dello Statuto e le modalità che ne hanno preceduto l'approvazione hanno attirato sull'istituzione l'attenzione, alquanto inedita, della stampa europea, che si è però concentrata premi-

¹ Regolamento (Ue, Euratom) n. 2422/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2015, recante modifica del protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 221 del 24 dicembre 2015, p. 14.

² È l'art. 281 TFUE a disciplinare un'ipotesi del tutto peculiare di procedura legislativa ordinaria, volta a modificare lo Statuto della Corte di giustizia (che pure, ai sensi del primo comma, «è stabilito con un protocollo separato» ed è equiparato ai Trattati nella gerarchia delle fonti) e che si caratterizza per l'attribuzione di uno speciale potere di iniziativa legislativa alla Corte medesima, sulla cui "richiesta" deliberano il Parlamento europeo e il Consiglio, sentita la Commissione (oppure la Corte, qualora l'iniziativa provenga da una "proposta" della Commissione).

nementemente sugli aspetti politici della vicenda³. Anche sul versante dottrinale non sono mancati contributi, di diverso contenuto e spessore⁴.

L'interesse della letteratura di settore e i veri e propri "tumulti intestini" verificatisi in Corte non devono comunque stupire, se si considera che il tema della composizione dell'istituzione giudiziaria dell'Unione ha dimostrato di non limitarsi a un fatto meramente organizzativo: il ruolo svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che trascende quello immediato di assicurare la giustizia nel caso singolo, risolvendosi di frequente nella «elaborazione e imposizione di nuovi principi e regole al di là del testo scritto»⁵, giustifica in sé l'esigenza di prestare attenzione non soltanto alla sua giurisprudenza, ma anche alla sua vita istituzionale.

Nel caso di specie, peraltro, l'esigenza di adattamento della struttura istituzionale a un volume di contenzioso in costante espansione ha portato all'emersione di interrogativi complessi, certamente non nuovi, intorno al ruolo e ai tratti caratterizzanti dell'istituzione giudiziaria europea, nonché al suo rapporto con quelle "esigenze di rappresentatività" dei sistemi giuridici nazionali che, manifestate strenuamente dagli Stati membri, sembrano costituire oggi più che mai un tratto indelebile dell'integrazione europea.

Queste considerazioni sono le stesse che, nel 2015, hanno condotto il dibattito sulla modifica della composizione della Corte di giustizia nella direzione del raddoppio dei giudici del Tribunale e dell'abolizione del Tribunale della funzione pubblica; una scelta operata al termine di un acci-

³ Si vedano, in particolare, gli interventi di D. SEYTRE sul settimanale lussemburghese *Le Jeudi*, dove sono stati spesso enfatizzati con toni "coloriti" i retroscena e le tensioni interne alla Corte; ma anche gli articoli di altre testate internazionali (v. N. HIRST, *Number of Judges at the EU court to double*, 22 dicembre 2014 in *Politico*; J. QUATREMER, *La réforme de la Cour de Justice ou l'art de créer une usine à gaz*, 7 aprile 2015 e *La justice européenne au bord de la crise de nerfs*, 26 aprile 2015 in *Libération*).

⁴ Tra le riflessioni più complete sul tema, vanno ricordati innanzitutto gli interventi, uno precedente e uno successivo alla riforma, del giudice del Tribunale F. DEHOUSSE, *The Reform of the EU Courts (I): The Need of a Management Approach*, in *Egmont Paper*, n. 53, dicembre 2011 e ID., *The Reform of the EU Courts (II). Abandoning the Management Approach by Doubling the General Court*, in *Egmont Paper*, n. 83, marzo 2016, veri e propri *j'accuse* rivolti agli artefici della riforma; le riflessioni di A. ALEMANNO e L. PECH su *Verfassungsblog*, poi confluite nel paper *Thinking Justice Outside the Docket: A Critical Assessment of the Reform of the EU's Court System*, *CMLR*, 2017, p. 129-175; C. CURTI GIALDINO, *Il Raddoppio dei giudici del Tribunale dell'Unione: valutazioni di merito e di legittimità costituzionale europea*, in *Federalismi*, 27 aprile 2015; S. PEERS, *Building the EU Judicial System: Politicians 1, (Judicial) Architects 0*, in *EuLawAnalysis*, 23 novembre 2014; ID., "Don't mention the extra judges!" *When CJEU reform turns into farce*, in *EuLawAnalysis*, 3 settembre 2015.

⁵ G. STROZZI - R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 151, dove si ricorda come, per tale via, la Corte di giustizia «ha contribuito a imprimere un impulso decisivo al processo di integrazione, rimediando sovente ai ritardi, alle disfunzioni, alle frequenti paralisi dei meccanismi decisionali, alla carenza di volontà politica degli Stati membri».

dentato percorso che muoveva da premesse ben lontane, giuridicamente ed economicamente, dal testo che infine ha visto la luce.

2. La modifica dello Statuto della Corte: il quadro istituzionale e "costituzionale".

A rappresentare l'asse portante dell'argomentazione volta a giustificare l'adozione della riforma vi è stato un «aumento critico»⁶ del volume di procedimenti che il Tribunale si è trovato a dover gestire negli ultimi anni. Tale incremento, che le relazioni annuali della Corte di giustizia dipingono in crescita costante nell'ultimo decennio, si spiega, da un lato, con la notevole espansione delle aree di competenza dell'Unione che ha avuto luogo dal Trattato di Maastricht ad oggi e, dall'altro lato, con l'indiscusso successo, ma dalle fattezze di un Giano bifronte⁷, del lavoro giurisprudenziale della Corte, che ha messo l'istituzione sotto una pressione di lavoro senza precedenti⁸.

L'aumento del *judicial workload* ha colto impreparata l'istituzione, dove una certa ritrosia al rinnovamento – fisiologica per le pubbliche istituzioni, in particolar modo quelle dell'Unione⁹ – e un'iniziale difficoltà interna al Tribunale nel gestire con efficacia il carico di lavoro hanno fatto sì che questo assumesse presto le sembianze di un arretrato giudiziario e hanno contribuito a determinare un preoccupante aumento della durata media dei procedimenti (che, nel decennio antecedente la proposizione della riforma era passata dai 19,5 mesi del 2001 ai 26,7 del 2011).

⁶ J. V. LOUIS, *La «Réforme» du Statut de la Cour*, in *Cah. dr. eur.*, 2011, p. 9.

⁷ S. E. STRASSER, *Evolution & effort: docket control & preliminary references in the European Court of Justice*, in *The Columbia journal of European law*, 1995, p. 50.

⁸ Un'attestazione del "successo" della Corte di giustizia in questi termini è solitamente fatta ricondurre a T. KOOPMANS, *La Procédure Préjudicielle: Victime de son Succes?*, in F. CAPOTORTI (a cura di), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, seppur con particolare riferimento alla Corte e al procedimento pregiudiziale. Non sembra comunque potersi negare che, come precisato nella Relazione annuale del 2014 della Corte di giustizia (p. 5), un giudizio di tal genere possa essere espresso anche rispetto al Tribunale, nel senso che «sebbene il carico di lavoro costante degli organi giurisdizionali e soprattutto la moltiplicazione dei ricorsi dinanzi al Tribunale siano indubbiamente la prova del successo riscosso dal sistema, essi ne possono altresì compromettere l'efficienza».

⁹ Cfr. P. DRUCKER, *Innovation and Entrepreneurship*, Londra, HarperBusiness, 1985, dove si è scritto che per le istituzioni pubbliche «stopping what has "always been done" and doing something new are equally anathema to service institutions, or at least excruciatingly painful to them». La proverbiale lentezza in tema di modifiche istituzionali in ambito "comunitario" è stata resa evocativamente in una pronuncia della High Court inglese che, rimaneggiando una nota massima di Plutarco, ha scritto che «the mills of Brussels grind very slowly indeed» (cfr. sentenza della High Court of England del 28 ottobre 1985, *Kenneth Frederick Cutsforth and Others, Trading AS for Amusement Only c. Mansfield Inns Limited*).

Il problema, dalla portata tale da costituire una minaccia al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰, ha costretto i vertici della Corte a ripensare il funzionamento dell'istanza giudiziaria non soltanto in termini di aggiornamento delle regole di procedura del Tribunale (riguardo alle quali già si era scritto che «c'è solitamente un limite a ciò che può essere realizzato per mezzo di riforma interna»¹¹), ma anche nell'ottica di una modifica del suo stesso assetto strutturale.

In particolare, il tema più dibattuto nell'approvazione della riforma è stato quello dell'individuazione dello strumento più adeguato, tra quelli offerti dai Trattati, per far fronte al sovraccarico di lavoro. Un risalente dilemma, questo, che trova le proprie ragioni «nell'ambiguità del Trattato di Nizza»¹², con il quale si era dato un impulso verso il superamento della struttura della Corte «una e bina»¹³, ridisegnandone l'architettura nella direzione di una configurazione «a forma di costellazione»¹⁴: parallelamente a una cessione di competenze verso il basso dalla Corte al Tribunale, era stata infatti posta la base giuridica per la creazione di tribunali specializzati competenti per specifiche categorie di ricorso prima di competenza del Tribunale¹⁵. Sempre al fine di predisporre adeguati strumenti per l'even-

¹⁰ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, in *Gu-Ue* n. C 364 del 26 ottobre 2012, pp. 391-407. L'art. 47 della Carta cristallizza il principio di effettività della tutela giurisdizionale in ambito "comunitario", statuendo al secondo comma che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge».

¹¹ E. SHARPSTON, *Judicial Protection Through Adequate Judicial Scrutiny - Some Reflections*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 454.

¹² Così L. HEFFERNAN, *The Treaty of Nice: Arming the Courts to Defend a European Bill of Rights?*, in *Law and Contemporary Problems*, 2002, pp. 189-222.

¹³ Così A. TIZZANO, *La Corte di giustizia e l'Atto Unico Europeo*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 69 ss. consultato in A. TIZZANO, *Problematica del Diritto delle Comunità europee*, Roma, Il Foro italiano, 1992, p. 76, dove l'autore si riferisce al superamento della giustizia in forma triadica che aveva caratterizzato le Comunità europee fino all'AUE, a favore di un'unica istituzione nella quale avrebbero convissuto la Corte e l'allora Tribunale di primo grado, «un organo pienamente autonomo quanto all'esercizio delle proprie funzioni giurisdizionali e tuttavia interamente incardinato, sul piano strutturale e funzionale, nell'ambito dell'apparato giurisdizionale comunitario». A tal proposito si veda anche, per una riflessione sul ruolo e sulla funzione del Tribunale nel quadro istituzionale dell'Unione europea, M. CONDINANZI, *Il Tribunale di Primo Grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 10.

¹⁴ C. CURTI GIALDINO, *Commento all'art. 19 del Trattato sull'Unione Europea*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2012, p. 229.

¹⁵ È all'art. 257, par. 1, TFUE la previsione che possano essere istituiti «tribunali specializzati affiancati al Tribunale, e incaricati di conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche». Una strada, quella che porta alla creazione di tribunali specializzati competenti *ratione materiae*, che è stata intrapresa solo una volta, quando nel 2004 si decise di istituire, con Decisione n. 2004/752/Ce, Euratom, in *Gu-Ue* n. L 333 del 9

tualità di un incremento del contenzioso tale da mettere in difficoltà l'istituzione, il Trattato di Nizza aveva anche inserito, seppur in via indiretta, la possibilità di intervenire sulla composizione dell'istituzione mediante un aumento del numero dei giudici del Tribunale, ammettendo così di rivedere, sia pure esclusivamente al rialzo, il canone di «un giudice per Stato membro» che aveva caratterizzato la giurisdizione fino a quel momento (e continua a caratterizzare la Corte)¹⁶.

Sebbene l'orientamento prevalente in dottrina, dopo Nizza, sembrasse guardare a quest'ultima prospettiva solo come *extrema ratio* qualora la creazione di tribunali specializzati si fosse rivelata inadeguata ai fini della gestione del contenzioso¹⁷, la riforma dello Statuto, prevedendo un raddoppio *tout court* dei membri del Tribunale (secondo una «gradualità per fasi» che porterà l'istituzione a regime solo nel 2019) e la contestuale soppressione dell'unica giurisdizione specializzata esistente, il Tribunale della funzione pubblica, ha invece chiaramente optato per la seconda soluzione.

3. Genesi e gestazione della riforma, tra paralisi istituzionali e negoziati informali

È all'interno del quadro "costituzionale" sopra tratteggiato che, il 28 marzo 2011, la Corte di giustizia ha sottoposto all'attenzione di Parlamento europeo e Consiglio un progetto di riforma del proprio Statuto (nella forma della "richiesta" *ex art.* 281 TFUE), consistente in tre diverse proposte, indipendenti l'una dall'altra, aventi ad oggetto tutte e tre le corti dell'Unione europea.

Per quanto riguarda le innovazioni processuali relative alla Corte, lo scopo era quello di una semplificazione della procedura¹⁸, mentre con rife-

novembre 2004, il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, competente per le controversie aventi ad oggetto i rapporti tra l'Unione europea e i propri agenti.

¹⁶ La modifica ha interessato l'art. 19, par. 2, TUE, dove è scritto che «il Tribunale è composto da *almeno* un giudice per Stato membro» (corsivo aggiunto). Differenziando la regola relativa alla composizione rispetto alla Corte – per la quale è stato invece mantenuto il principio di «un giudice per Stato membro» – il costituente di Nizza ha dunque fornito la base giuridica per una diversa quantificazione del numero dei giudici del Tribunale.

¹⁷ In quest'ottica la possibilità di aumento del numero di giudici avrebbe avuto piuttosto la funzione di una "valvola di sfogo" del sistema, da utilizzare con cautela e in via comunque sussidiaria rispetto alla creazione di giurisdizioni specializzate. In questi termini F. DEHOUSSE, *The Reform of the EU Courts (I)*, *cit. supra*, nota 4, p. 31, secondo il quale «there are few miracles to expect from a simple multiplication of judges. The structural solutions should thus be considered as subsidiary options».

¹⁸ Nello specifico, le modifiche riguardavano: un aumento dei giudici che compongono la grande sezione e il superamento della partecipazione sistematica dei presidenti delle sezioni di cinque giudici alle cause della grande sezione; l'istituzione della funzione di Vicepresidente

rimento al Tribunale della funzione pubblica le modifiche proposte dalla Corte riguardavano invece la possibilità di aggiungere giudici *ad interim* in modo da evitare che il suo funzionamento potesse essere «pregiudicato quando uno dei suoi membri non sia in condizioni di esercitare, per un lungo periodo, le sue funzioni»¹⁹. Le proposte inerenti alla Corte e al Tribunale della funzione pubblica hanno avuto vita separata rispetto a quella relativa al Tribunale: lo scarso dibattito intorno a tali modifiche ha difatti consentito di raccogliere separatamente e più velocemente consenso in Parlamento e in Consiglio e ha fatto sì che esse entrassero in vigore dopo circa un anno con l'adozione del Regolamento (Ue, Euratom) n. 741/2012²⁰.

Le modifiche prospettate per il Tribunale hanno richiesto invece un diverso e più prolungato dibattito, a causa degli effetti destabilizzanti che erano destinate ad avere e alle sottese implicazioni politiche. La proposta in questione, che nel 2011 si limitava a prevedere di «aumentare di dodici componenti il numero dei giudici del Tribunale e di portare così il numero di questi giudici da ventisette a trentanove»²¹, dopo aver incontrato il parere positivo della Commissione europea²² si è però scontrata con l'incapaci-

della Corte di giustizia, con obbligo per quest'ultimo di partecipare alla trattazione delle cause della grande sezione e coadiuvare il Presidente nei suoi compiti, «diventati infatti assai gravosi in seguito ai successivi ampliamenti dell'Unione»; infine, l'abolizione dei termini calcolati in funzione della distanza che, divenuti ormai forfettari, avevano perso la loro giustificazione con la digitalizzazione delle notifiche.

¹⁹ Si tratta, questa, di una circostanza che negli anni precedenti aveva determinato alcuni problemi all'efficienza del Tribunale della funzione pubblica, e che era riconducibile al numero esiguo dei giudici del Tribunale della funzione pubblica (sette) tale da metterne a repentaglio la produttività in momenti di non ottimale stabilità dell'organo giurisdizionale.

²⁰ Regolamento (Ue, Euratom) n. 741/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 agosto 2012, che modifica il protocollo sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e il relativo allegato I, in *Gu-Ue* n. L 228 del 23 agosto 2012, pp. 1-3).

²¹ Tale disegno fu accompagnato fin da subito da una nota esplicativa corredata da due grafici indicanti uno la natura delle cause sottoposte al Tribunale e l'altro la circostanza che il Tribunale della funzione pubblica avesse smesso da tempo di avere "effetti benefici" sul carico di lavoro del Tribunale. A questa nota esplicativa si aggiunse un mese dopo una scheda finanziaria (Doc. 8787/1 ADD I del Consiglio dell'Unione europea, 2 aprile 2011) e, agli inizi di luglio, un altro documento della Corte di giustizia contenente "ulteriori informazioni" sul progetto di riforma (Doc. 12719/11 del Consiglio dell'Unione europea, 11 luglio 2011), con insistenza su quello che sarebbe stato il *leitmotiv* del dibattito su di essa: l'ingigantimento dell'arretrato giudiziario e il sempre più frequente accertamento della violazione, da parte del Tribunale, del principio del termine ragionevole di durata dei procedimenti.

²² La Commissione ha giustificato la propria posizione sulla base di un'esigenza giuridica e al contempo economica, riassunta nella proposizione per cui «assicurare una tutela giuridica efficace (...) costituisce un imperativo primario e le conseguenze economiche negative di una giustizia inefficace impongono con ogni probabilità oneri maggiori di un semplice aumento di bilancio». La Commissione ha peraltro sollevato nuove questioni che avrebbero poi avuto una certa risonanza, come la (supposta) necessità di formalizzare un principio di specializzazione per materia delle sezioni giudicanti del futuro Tribunale e, infine, l'importanza di elaborare un adeguato sistema di designazione dei dodici giudici aggiuntivi mediante meccanismi di nomi-

tà degli Stati membri, divenuta sempre più evidente nel prosieguo delle discussioni, di superare l'*impasse* formatasi in Consiglio intorno al meccanismo di rotazione per la designazione dei dodici giudici aggiuntivi tra gli Stati medesimi²³. Un tema sul quale si erano succedute svariate soluzioni tra le quali possono essere ricordate, a titolo esemplificativo, quella della selezione su base meritocratica dei giudici aggiuntivi (caldeggiata dagli Stati più grandi) e quella della «rotazione paritaria», promossa invece dagli Stati più piccoli a garanzia della propria partecipazione alla rotazione dei giudici aggiuntivi²⁴.

Rivelatosi fallimentare, sempre a causa della mancanza di un terreno comune sulle nomine, anche un nuovo progetto di riforma suggerito nel dicembre 2012 dalla Presidenza cipriota e consistente in un aumento di soli nove giudici²⁵, l'ambasciatore greco Sotiropoulos scriveva nell'aprile 2014 al Presidente della Corte, il connazionale Skouris, informandolo dell'apurata impossibilità di giungere ad un accordo «che contemplasse un numero di giudici inferiore al numero di Stati membri e che rendesse dunque necessario procedere ad una scelta tra Stati membri»²⁶. Allo stesso modo, una successiva lettera della Presidenza italiana del settembre 2014 conteneva l'invito, indirizzato alla Corte, a formulare nuove proposte «al fine di facilitare il compito consistente nel raggiungere un accordo in seno al Consiglio in merito alle modalità di un aumento del numero di giudici del Tribunale dell'Unione europea».

na atti a mantenere salda la «*proper representation for all national legal systems*» (v. Parere della Commissione del 30 settembre 2011, Com(2011)596 def.).

²³ Nonostante l'iniziale accertamento, in sede di gruppo di lavoro, di un «ampio consenso sulla valutazione della Corte secondo cui il numero adeguato di giudici per far fronte in modo appropriato all'attuale situazione nel Tribunale è 12» (Doc. 8161/12 del Consiglio dell'Unione europea, 26 marzo 2012), fu la stessa Presidenza del Consiglio, in un documento del giugno 2011, a suggerire che il Coreper incaricasse un gruppo denominato «Amici della Presidenza» di trovare, entro il dicembre dello stesso anno, una soluzione alla questione delle modalità di nomina dei giudici aggiuntivi; esperimento, anche quest'ultimo, fallimentare, al punto da indurre la Presidenza cipriota a constatare, in un documento del 15 ottobre 2012, che le delegazioni nazionali non sarebbero state in grado di pronunciarsi in mancanza di ulteriori informazioni sui costi della riforma e sull'effettivo impatto che un aumento rispettivamente di sei, nove, dodici o quindici giudici avrebbe avuto sul contenzioso.

²⁴ N. HIRST, *Number of Judges at the EU court to double*, cit. supra, nota 3; J. QUATREMER, *La réforme de la Cour de Justice*, cit. supra, nota 3.

²⁵ Il sistema si sarebbe completato con un meccanismo di rotazione per la nomina dei nuovi giudici in base al quale i sei Stati membri più grandi avrebbero dovuto nominare un giudice per due mandati consecutivi mentre gli altri Stati membri per un solo mandato, secondo un ordine di rotazione fissato mediante sorteggio all'inizio del processo (v. Doc. 17017/2/12 REV 2 del Consiglio dell'Unione europea, 7 dicembre 2012).

²⁶ La lettera, datata 10 aprile 2014, è stata pubblicata dal *Brussels Blog* del *Financial Times* da D. ROBINSON in *European Court of Justice doubles number of judges*, 12 aprile 2015.

In risposta a tale invito, il 13 ottobre 2014 la Corte di giustizia ha presentato al Consiglio una nuova proposta di riforma, allontanandosi radicalmente da quella originaria e auspicando l'adozione di un Regolamento che prevedesse, da una parte, il raddoppio *tout court* del numero dei giudici del Tribunale e, dall'altra, la soppressione del Tribunale della funzione pubblica con il consequenziale "riassorbimento" nel Tribunale della relativa area di competenza.

La Corte proponeva, al fine di assecondare l'aumento del numero di cause presentate dinanzi al Tribunale, una «gradualità per fasi»: nella prima fase, prevista per l'ottobre 2015, si sarebbero nominati dodici nuovi giudici, dando così al Tribunale un rinforzo «rilevante e immediato»; la seconda fase, da svolgersi entro il 2016, avrebbe portato a un aumento di sette unità al Tribunale, contestualmente al trasferimento a quest'ultimo del contenzioso relativo alla funzione pubblica (integrando, tra gli effettivi del Tribunale, giudici della medesima nazionalità di quelli parte del Tribunale della funzione pubblica purché i relativi Stati membri di appartenenza non avessero partecipato alla prima fase); nell'ultima fase, coincidente con il rinnovo parziale del Tribunale previsto per il settembre 2019, si sarebbero nominati gli ulteriori giudici necessari per arrivare al raddoppio.

Con la nuova proposta, la Corte ha ribadito la non percorribilità dell'alternativa rappresentata dalla creazione di nuovi tribunali specializzati ed è riuscita, con notevole realismo istituzionale, a trovare un generale consenso tra i rappresentanti degli Stati membri. In effetti, l'approvazione di tale disegno di riforma ha chiesto un tempo sorprendentemente breve in seno al Consiglio²⁷ (dove è stata infine superata l'opposizione di Germania²⁸ e Regno Unito) mentre ha suscitato un vivace dibattito in Parlamento europeo, soprattutto grazie alla *vis* polemica del relatore della proposta di

²⁷ Grazie anche al *favor* della Presidenza italiana, che nei due documenti «*Possible way forward*» (Doc. 16217/14 del Consiglio dell'Unione europea, 28 novembre 2014) e «*Way forward*» (Doc. 16576/14 del Consiglio dell'Unione europea, 8 dicembre 2014) si è espressa nel senso di emendare direttamente il testo presentato dalla Corte nel 2011, mai formalmente ritirato dal percorso legislativo, in modo da semplificare l'*iter* legislativo per l'approvazione della riforma; la Presidenza del Consiglio ha anche affrontato la questione relativa all'impatto finanziario della riforma (che secondo alcune delegazioni statali sarebbe stato troppo ingente), proponendo, al fine di ridurne i costi, di non accompagnare gli ultimi nove giudici da altrettanti referendari. Gli Stati membri hanno finalmente votato il 23 giugno 2015 la Posizione n. 11/2015 del Consiglio in prima lettura.

²⁸ Fonti giornalistiche hanno riportato che il sostegno della Germania abbia seguito l'incontro irrituale avvenuto il 28 novembre tra il Presidente Skouris e i due ministri tedeschi Schäuble e Maas a Berlino, dopo il quale l'opposizione tedesca alla riforma è venuta meno: come riportato da J. QUATREMER, *La justice européenne*, cit. *supra*, nota 3, il mutamento della posizione della Germania sarebbe stato connesso al rinvio pregiudiziale proposto dal Bundesverfassungsgericht avente ad oggetto l'operazione OMT, lanciata dalla BCE nel mese di settembre e dalla grande risonanza politica.

Regolamento, il portoghese António Marinho e Pinto. Il deputato, appartenente al gruppo ALDE, ha sottoposto alcuni membri della Commissione e del Consiglio a interrogazioni parlamentari sulla riforma e ha invitato quattro giudici del Tribunale, in veste di «soggetti esperti sulla materia», a presenziare, il 28 aprile 2015, a un incontro informale a porte chiuse presso il Parlamento europeo. Nonostante i forti dubbi emersi in tale sede sull'opportunità del raddoppio dei giudici dell'istituzione e sulla legalità della soppressione del Tribunale della funzione pubblica²⁹, confluiti nella raccomandazione per la seconda lettura adottata dalla commissione giuridica³⁰, il Parlamento europeo (che pure aveva approvato, pochi mesi prima, una risoluzione dove si affermava che «l'eliminazione del Tribunale della funzione pubblica non rappresenta una soluzione adeguata per superare il persistente blocco del Consiglio»³¹ sulle modalità di rotazione dei giudici) ha approvato *in toto* il progetto di riforma.

A seguito della votazione in seconda lettura in Parlamento e di un secondo, ampiamente favorevole, parere della Commissione (che, ai sensi dell'art. 294, par. 7, lett. c., TFUE avrebbe dovuto formulare un parere sugli emendamenti, proposti dal Parlamento, alla posizione del Consiglio in prima lettura), il 16 dicembre 2015 è stato finalmente adottato il Regolamento (Ue, Euratom) n. 2422/2015 recante modifica del protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, che avrebbe comportato la soppressione del Tribunale della funzione pubblica e, so-

²⁹ I giudici hanno infatti prodotto un documento nel quale sono stati approfonditi diversi aspetti della riforma: dal «*true state*» del carico di lavoro del Tribunale (analizzato dal giudice Berardis, che ha sottolineato l'importanza di tenere in considerazione il «miglioramento enorme» nella gestione dell'arretrato) alla preferibilità della creazione di corti specializzate rispetto all'aumento del personale del Tribunale (sostenuta dal giudice Pelikanova), alle possibili conseguenze negative della riforma sul piano organizzativo del Tribunale (evidenziate dal giudice Collins) per giungere, infine, ai risvolti economici e gestionali della riforma, il cui impatto è stato rivisto dal giudice Dehousse. Gli interventi hanno indotto la Corte a rispondere con una lettera volta a evidenziare le gravi lacune nella gestione del contenzioso da parte del Tribunale, alla quale avrebbe poi risposto il giudice Berardis con un ulteriore documento di chiarimento, indicante l'esigenza di un'analisi più dettagliata dei dati presentati dalla Corte, che secondo il giudice sarebbero stati mal interpretati, soprattutto nella confusione tra le nozioni di *backlog* e *workload*: secondo il giudice italiano la Corte avrebbe ignorato, più o meno deliberatamente, che molti casi considerati "pendenti" sono già stati discussi, che molti altri sono suddivisi in gruppi di cause (cosa che ne consente una trattazione più spedita) e che talune tipologie di cause richiedono un lasso di tempo più ampio della media.

³⁰ In essa (Doc. A8-0296/2015 del 14 ottobre 2015), Marinho e Pinto aveva cercato di riassumere le principali criticità della riforma (dalla sua ragione preminentemente politica alla grave mancanza di un vero e proprio *impact assessment*, passando per la mancanza di una base giuridica per l'abolizione del Tribunale della funzione pubblica) e invitato la Plenaria a richiedere alla Corte di «giustificare il numero esatto dei giudici effettivamente necessari».

³¹ Risoluzione del Parlamento europeo recante le osservazioni che costituiscono parte integrante della decisione sul discharge per l'esecuzione del bilancio generale dell'Unione europea per l'esercizio 2013, in *Gu-Ue* n. L 255 del 29 aprile 2015, p. 118.

prattutto, il raddoppio del numero dei giudici del Tribunale secondo il sistema progressivo che ora è sancito dall'art. 48 dello Statuto.

4. Il raddoppio dei giudici del Tribunale, tra carico di lavoro, arretrato e produttività istituzionale

L'acceso dibattito che ha accompagnato l'approvazione della riforma offre uno spunto utile per elaborare uno studio sull'opportunità del raddoppio dei giudici come soluzione al sovraccarico di lavoro del Tribunale. Si tratta di una riorganizzazione strutturale dalle conseguenze così importanti da far sì che le proprie implicazioni vadano ben oltre una mera questione di "risparmio", ma che anzi riflettano considerazioni più ampie, relative all'equilibrio istituzionale "comunitario" e alla visione sulle prospettive di lungo termine della giustizia dell'Unione europea.

Come può dedursi guardando all'accidentata procedura legislativa che ha portato alla modifica dello Statuto della Corte, la questione che più di tutte ha costituito oggetto di dibattito è stata quella della concreta utilità del raddoppio dei giudici del Tribunale. La giustificazione delle rilevanti ripercussioni della riforma sul *budget* dell'Unione³² è stata offerta dalla Corte, sin dall'avvio dell'iniziativa legislativa nel 2011, sulla base di dati sulla cui accuratezza sono state sollevate non poche obiezioni³³.

A tal proposito, le maggiori frizioni tra i fautori della riforma e chi vi si è opposto hanno riguardato l'effettiva entità del carico di lavoro del Tribunale: se già nella proposta del 2011 la Corte denunciava una situazione

³² In particolare, a corredo della proposta del 2011 era stata pubblicata una «scheda finanziaria» che si limitava a prevedere il costo immediato dell'aumento dei giudici, quantificato in € 13.647.000 sul bilancio annuale: si tratta, secondo diversi commenti, di un calcolo lacunoso, non accompagnato da uno studio altrettanto analitico circa gli eventuali vantaggi derivanti dall'alternativa costituita dall'istituzione di un tribunale specializzato. Inoltre, con la riproposizione della richiesta da parte della Corte nel 2014, l'adeguamento di questa valutazione è avvenuto con modalità totalmente automatiche.

³³ Si veda A. ALEMANN - L. PECH, *Thinking Justice Outside the Docket*, cit. supra, nota 4, p. 143, dove è stato oggetto di critica, da un lato, l'approccio adottato dalla Corte di giustizia nell'esercizio dell'iniziativa legislativa («given the radical nature of the structural changes advocated by the CJ in October 2014 (...) one might have expected the Court and the legislators to undertake a holistic analysis») e, dall'altro, lo scarso coinvolgimento del Consiglio nel dialogo inter-istituzionale sulla riforma, al punto da far concludere gli autori che «the failure of the CJEU to produce a meaningful impact study and the rather superficial if not selective nature of the Council's replies to parliamentary questions are deeply regrettable». Toni altrettanto critici si trovano inoltre in F. DEHOUSSE in *The Reform of The EU Courts (II)*, cit. supra, nota 4, e negli interventi del relatore Marinho e Pinto, il quale nell'ottobre 2015 notava come «the figures provided by the CJEU on the outstanding GC cases and the average duration of these cases are contradicted by the figures provided by the President and by the GC judges during their hearing before the Legal Affairs Committee in Strasbourg, at the invitation of the rapporteur».

di totale ingolfamento della giustizia "comunitaria"³⁴ e il sempre più frequente accertamento della violazione, da parte del Tribunale, del principio del termine ragionevole di durata dei procedimenti, nella richiesta avanzata nel 2014 si aggiungeva che «la situazione si è ulteriormente aggravata rispetto al momento in cui è stata presentata l'iniziativa [poiché] mentre a quella data il numero di cause pendenti dinanzi al Tribunale ammontava a 1300 circa, questa cifra arriverà prossimamente a 1600»³⁵. Una valutazione del tutto analoga si può trovare nel successivo documento inviato dalla Corte di giustizia al Parlamento europeo e al Consiglio, dove si è scritto che «il numero di cause promosse è stato sempre maggiore di quello delle cause decise» e si è quantificato in 1393 il numero di cause pendenti alla fine del maggio 2015, ritenendolo «non soddisfacente» e «preoccupante per gli Stati membri, le istituzioni e le imprese europee»³⁶.

In risposta a tali valutazioni, molti hanno notato come la Corte avesse ignorato l'effettiva differenza tra il concetto di *workload*, il "carico di lavoro" cui è sottoposta una giurisdizione, e quello di *backlog*, l'arretrato giudiziario in senso proprio: tra le due nozioni vi è una profonda differenza, quasi ontologica, che si fonda sul fatto che la prima rappresenta un lineamento tipico dell'attività giurisdizionale, mentre il secondo ne è un aspetto patologico. Se, come è stato suggerito³⁷, il discrimine tra le due situazioni può essere individuato nel superamento del termine «ragionevole» di 24 mesi (al di là del quale può ravvisarsi una violazione del diritto del

³⁴ Della quale la Corte ricostruiva le cause, individuandole «nel trasferimento, a partire dal 2004, della competenza a decidere su determinate categorie di ricorsi diretti», nell'incremento di contenzioso avuto dopo le adesioni del 2004 e del 2007, nella progressiva diversificazione dell'attività legislativa e regolamentare europea e, infine, nell'incremento del contenzioso relativo alle domande di registrazione di marchi comunitario. Un insieme di concause che, secondo quanto traspare dal documento, non erano state affrontate con successo mediante l'adozione di misure organizzative interne e che anche in futuro il Tribunale non sarebbe stato verosimilmente in grado di gestire.

³⁵ A ciò si aggiungeva che «per quanto riguarda le cause instaurate dinanzi al Tribunale, il loro numero, che era di 636 nel 2010 e 722 nel 2011, probabilmente raggiungerà, nel 2014, le mille unità».

³⁶ Il documento in questione, non firmato né datato, è stato poi distribuito dal relatore Marinho e Pinto ed è reperibile in forma di allegato in F. DEHOUSSE, *The Reform of The EU Courts (II)*, cit. *supra*, nota 4, pp. 73-75, Ann. I.

³⁷ In questo senso, G. BERARDIS, *Some truths about the workload of the General Court of the European Union*, documento presentato al Parlamento europeo nel giugno 2015 su richiesta del relatore Marinho e Pinto. A tal proposito, si vedano anche C. KYE, *A Quagmire of Delays at the European General Court: Any Escape?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, pp. 453-471; G. BORREMANS, *Getting up to Speed: Increasing the Number of General Court Judges is now a Priority, Given the Mounting Backlog of Work*, in *Competition law insight*, 2014, pp. 15-16; M. VAN DER WOUDE, *Judicial Reform and Reasonable Delay*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 123-125; T. COWEN, *EU Competition Law and the Rule of Law II: Justice Delayed is Justice Denied*, in *European Competition Journal*, 2008, pp. 1-57.

cittadino a che la funzione giurisdizionale non sia amministrata con ritardi tali da comprometterne l'efficacia), non si può non notare come le previsioni elaborate dalla Corte nel momento della ripresa dell'iniziativa legislativa siano state sconfessate, nel biennio 2014-2015, da un livello di produttività del tutto eccezionale del Tribunale che, godendo di stabilità, garanzia di efficacia e di serenità, ha consentito all'istituzione di decidere un numero di cause (987) maggiore del 20% rispetto all'anno precedente (814) e addirittura del 90% rispetto a cinque anni prima (527).

La riduzione del numero delle cause pendenti del 10% nel giro di un solo anno (da 1423 a 1267) è dipeso anche dalla decisione di alcuni importanti gruppi di cause tra loro connesse³⁸, risolte le quali il Tribunale ha potuto avviare fruttuosamente il lavoro di smaltimento del *backlog*, che a fine 2015 ammontava a poco più di un centinaio di cause.

Tale tendenza, confermata anche dai dati relativi all'attività giurisdizionale del 2016³⁹, sembrerebbe così dimostrare la capacità dell'istituzione, in momenti di funzionamento ottimale, di far fronte a un carico di lavoro che comporti (tenuto comunque conto di notevoli margini di oscillazione) un numero di circa cinquanta cause per giudice, grazie soprattutto a un'evoluzione dei metodi di lavoro e a un'evidente modernizzazione del proprio dispositivo processuale. Con ciò non potendosi comunque omettere che tale produttività poggia su fragili fondamenta, potendo essere messa a repentaglio in tutte quelle particolari situazioni in cui l'istituzione non gode di quella stabilità che, negli anni passati, le ha consentito di ridurre drasticamente l'arretrato giudiziario e aprire una nuova «stagione virtuosa»⁴⁰.

³⁸ In materia di aiuti di Stato (108 cause aventi ad oggetto due sole misure), misure restrittive (76 cause spartite solo tra Siria, Iran, Ucraina e Russia) o *antidumping* (7 cause); una volta decise queste il numero di cause promosse *ex novo* nel 2015 è tornato a livelli fisiologici (831 cause rispetto alle 912 dell'anno prima).

³⁹ Si veda la Relazione annuale del 2016 della Corte di giustizia, pp. 204-230.

⁴⁰ La "stabilità" dell'istituzione – qui nell'accezione fatta propria da Marc Jaeger nella presentazione dell'attività annuale del Tribunale nella Relazione annuale del 2014 della Corte – deve nondimeno confrontarsi con una serie di fattori, endogeni ed esogeni, che hanno dimostrato di essere in grado di incidere negativamente sulla produttività dell'istituzione. Tra questi merita di essere qui menzionato, in particolare, il meccanismo di nomina dei giudici del Tribunale e le frequenti difficoltà e incertezze ad esso connesse, in merito alle quali l'Avvocato Generale Sharpston, nelle proprie conclusioni nella causa *Groupe Gascogne*, ha avuto modo di sottolineare che «la produttività del Tribunale risulta compromessa qualora il processo di rinomina dei giudici non si svolga in maniera lineare (tenendo nel debito conto l'esame svolto dal comitato di cui all'articolo 255 TFUE) e sussista un prolungato periodo di incertezza fino alla data di rinnovo». L'Avvocato Generale Sharpston fa espressa menzione del c.d. «comitato 255», organo tecnico introdotto con il Trattato di Lisbona e chiamato a fornire, ex art. 255 TFUE, «un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale della Corte di giustizia e del Tribunale»: detto comitato ha, effettivamente, svolto il proprio ufficio con particolare zelo, al punto da elaborare pareri negativi (13 sui 64 pareri forniti a partire dalla sua istituzione, secondo quanto riportato nel quarto *report*

L'immagine così delineata è quindi quella di un organo giudiziario che, se da un lato è astrattamente dotato di un apparato di strumenti processuali e organizzativi tali da consentire un'ottimale deflazione del contenzioso⁴¹, dall'altro lato si trova a subire – con effetti deleteri sull'efficacia della tutela giuridica impartita – la tensione tra le esigenze di efficienza e indipendenza tipiche di un tribunale nazionale e quelle invece peculiari di un giudice internazionale⁴², prima tra tutte il continuo bilanciamento tra gli interessi degli ordinamenti nazionali coinvolti.

5. L'argomento del *délai raisonnable*: ricognizione critica del *revirement* nelle sentenze *Gascogne* e *Kendrion*

Un altro parametro che ha svolto un ruolo centrale, quando non determinante, nell'adozione della riforma è stato quello del rispetto dell'equa durata del processo: la preoccupazione della Corte di giustizia sul rispetto da parte del Tribunale del *délai raisonnable* ha costituito una delle ragioni principali a favore del raddoppio dei giudici⁴³.

sull'attività del comitato, pubblicato il 10 febbraio 2017), anche in relazione a candidati provenienti dagli Stati membri dalla tradizione giuridica più importante. A tal proposito non stupisce, dunque, quanto riportato da F. DEHOÛSSE, *The Reform of the EU Courts (I)*, cit. *supra*, nota 4, p. 9 (nota 11), secondo cui «each time the "article 255 committee" has adopted a negative opinion on one candidate since 2010, months of activity have been lost in transition». In dottrina si vedano, inoltre, T. DUMBROVSKY - B. PETKOVA - M. VAN DER SLUIS, *Judicial Appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States*, *CMLR*, pp. 455-48; in senso critico, A. H. ZHANG, *The Faceless Court*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2016, p. 10.

⁴¹ Si veda, a tal proposito, l'effetto certamente salutare derivante dall'adozione del nuovo Regolamento di procedura del Tribunale (Regolamento di procedura del Tribunale, 4 marzo 2015, in *Gu-Ue* n. L 105 del 23 aprile 2015, pp. 1-66), la cui gestazione è durata quasi tre anni e che ha introdotto importanti novità nell'ottica di una riorganizzazione d'insieme dell'istituzione e, in ultima analisi, di una maggiore efficienza del lavoro giudiziario (v. K. ANDOVÁ - E. VON BARDELEBEN, *La refonte du règlement de procédure du Tribunal de l'Union européenne: pour une efficacité juridictionnelle renforcée*, in *Europe*, 2015). A questo si sono poi affiancate contingenze tanto esterne (i.e. la diminuzione del volume del contenzioso di concorrenza soprattutto grazie all'utilizzo frequente della pratica del *settlement agreement* da parte della Commissione europea) quanto interne (si pensi all'aumento del numero di referendum) che aprono la strada a una sempre maggiore efficienza dell'istituzione.

⁴² M. CONDINANZI, *Corte di giustizia e Trattato di Lisbona: Innovazioni Strutturali e Organizzative* in P. BILANCIA - M. D'AMICO (a cura di), *La Nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 207-219, dove, nel descrivere il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea nel quadro istituzionale *post* Lisbona, si fa riferimento a un «certo malessere nel rapporto tra Stati membri e Corte di giustizia».

⁴³ Tanto da confluire nel *considerando* n. 2 del Regolamento (Ue, Euratom) n. 2422/2015, che recita: «attualmente, la durata dei procedimenti non sembra accettabile per le parti coinvolte, in particolare alla luce dei principi enunciati sia dall'art. 47 della Carta (...) sia dall'art. 6 della [CEDU]».

Piuttosto, è stato il riconoscimento da parte della Corte di un contenzioso del tutto "nuovo" e aperto alle imprese – alle quali è stato riconosciuto in via incidentale, in sede d'impugnazione, il diritto di chiedere il risarcimento dei danni all'Unione per violazione del termine ragionevole della durata del processo da parte del Tribunale – a costituire «una leva importante per far passare l'idea che il raddoppio dei giudici fosse [...] assolutamente necessario, oltretutto economicamente razionale»⁴⁴ al fine di evitare che l'Unione fosse condannata a pagare milioni di euro di risarcimento alle imprese coinvolte in processi dalla durata irragionevole.

In realtà, sembra potersi circoscrivere il problema delle conseguenze economiche della violazione del *délai raisonnable* a un gruppo di cause che hanno segnato la giurisprudenza recente della Corte di giustizia: si tratta dei procedimenti *Gascogne Sack Deutschland*, *Kendrion* e *Groupe Gascogne*⁴⁵, con le quali la Corte di giustizia ha ridefinito il proprio orientamento giurisprudenziale intorno al rimedio esperibile da coloro nei cui confronti si sono verificate le conseguenze negative del protrarsi dei procedimenti oltre il termine ragionevole⁴⁶. L'orientamento risalente, cristallizzato alla fine degli anni Novanta nel caso *Baustahlgewebe*⁴⁷, riconosceva la possibilità per la Corte di giustizia di pronunciarsi in sede di *pourvoi* sulla violazione del termine ragionevole da parte del Tribunale e consentiva, in una certa misura, di contenere le conseguenze economiche delle violazioni all'interno dei limiti "quantitativi" dell'ammenda impartita dalla Commissione, che veniva decurtata dal giudice dell'impugnazione di un importo pari all'indennizzo dovuto. Il superamento di tale approccio, già

⁴⁴ Cfr. D. DOMENICUCCI, *Il diritto a un processo equo entro un termine ragionevole nell'ordinamento dell'UE: Much Ado About Nothing?*, in *Federalismi*, 11 novembre 2015.

⁴⁵ Rispettivamente: sentenze della Corte di giustizia, tutte datate 26 novembre 2013, in causa n. C-40/12 P, *Gascogne Sack Deutschland c. Commissione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta Generale)*, novembre 2013, EU:C:2013:768; in causa n. C-50/12 P, *Kendrion c. Commissione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2013, EU:C:2013:771; in causa n. C-58/12 P, *Groupe Gascogne SA c. Commissione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2013, EU:C:2013:770.

⁴⁶ Un diritto, quello a una tutela giurisdizionale effettiva in termini di ragionevolezza temporale, che deriva dalla convinzione per cui «justice delayed is justice denied», sulla base della quale sono stati redatti l'art. 6 della CEDU e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che con il Trattato di Lisbona è stata equiparata, quanto a valore giuridico, ai Trattati.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1998 in causa n. C-185/95 P, *Baustahlgewebe c. Commissione europea*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 8485 ss., EU:C:1998:608, e in questa *Rivista*, 2000, p. 487 ss., con commento di P. PALLARO, *Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, p. 493 ss.

in nuce nel caso *Der Grüne Punkt*⁴⁸, è stato confermato con le sentenze sopra citate, con le quali si è abbandonato il paradigma elaborato in *Baustahl-gewebe* a favore del riconoscimento che il rimedio naturale in caso di violazione del principio della durata ragionevole è un'autonoma azione ai sensi degli artt. 268 e 340, par. 2, TFUE da proporre dinanzi al Tribunale.

Una simile soluzione (che, nonostante qualche perplessità in merito alla necessaria indipendenza del Tribunale, è stata accolta favorevolmente in dottrina) non poteva che costituire un'importante argomentazione a sostegno della riforma. Di più: le somme richieste dalle imprese nelle cause *Gascogne* e *Kendrion* sono state utilizzate dalla Corte a fini argomentativi⁴⁹. La Corte, infatti (in parte dando per scontato l'accoglimento di tali domande e la coincidenza, poi non verificatasi, tra quanto richiesto dalle imprese e quanto effettivamente accordato in sede risarcitoria⁵⁰), ha quantificato la somma delle somme risarcitorie pretese – intorno ai 23 milioni di euro – comparandola ai costi totali della riforma per giustificarne la convenienza economica.

6. Le criticità legate alla soppressione del Tribunale della funzione pubblica

Altro punto nevralgico del dibattito è stato quello relativo alla scelta, operata dai fautori della riforma, di seguire la via dell'aumento dell'organico del Tribunale e della contestuale soppressione dell'unico tribunale specializzato, quando larga parte dell'ambiente accademico e professiona-

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009 in causa n. C-385/07 P, *Der Grüne Punkt c. Commissione europea*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 6155 ss., EU:C:2009:456. Il caso di specie era però privo di una forza tale da rovesciare l'orientamento previgente, avendo un ambito necessariamente limitato dalla mancanza di una sanzione pecuniaria della Commissione.

⁴⁹ Si tratta della questione del «costo della non riforma», tema che altrove è stato definito, non senza un certo sarcasmo, nei termini di «immaculate budgetary conception: the more you spend, the more you gain» (F. DEHOUSSE, *The Reform of The EU Courts (II)*, cit. supra, nota 4, p. 19).

⁵⁰ In data 10 gennaio 2017 il Tribunale ha infatti confermato, per il caso *Gascogne*, la sussistenza della violazione del *délai raisonnable* e ha condannato l'Unione, rappresentata dalla Corte di giustizia (che dovrà dunque rispondere dell'illecito con i fondi del proprio bilancio), al risarcimento del danno. Di fronte alla richiesta di circa 4 milioni di euro avanzata dall'impresa, però, il Tribunale ha disposto un risarcimento di poco inferiore a 60.000 Euro. Come è stato notato altrove, resta da chiedersi «se la risicata vittoria delle ricorrenti altro non sia che una mera soddisfazione morale e forse anche un sostanziale disincentivo a proporre ricorsi per risarcimento del danno (...) così che la ridotta entità del risarcimento non vanifichi la riparazione del pregiudizio conseguita dal ricorrente» (C. AMALFITANO, *Anche la Corte di giustizia dell'Unione è tenuta al rispetto del principio della durata ragionevole del processo. Prima sentenza di condanna al risarcimento del danno per violazione commessa dal Tribunale*, in *Eurojus*, 10 gennaio 2017).

le sembrava aver manifestato la preferenza per soluzioni meno invasive sul piano strutturale⁵¹.

Vista la strenua opposizione interna e le perplessità sorte in seno al Consiglio sull'entità e sul costo di una tale manovra, resta da comprendere se le istituzioni coinvolte nell'approvazione del Regolamento n. 2422/2015 abbiano optato per la soluzione del raddoppio solo a seguito di una valutazione di inadeguatezza delle altre soluzioni proposte per far fronte a quello che veniva già percepito come un «dilemma sempre più evidente e senza soluzioni in vista»⁵². La questione era già stata affrontata autorevolmente⁵³ ai tempi della proposta del 2011, quando si era affermata la necessaria dicotomia tra le due opzioni, entrambe "strutturali", ma profondamente diverse nella natura e nelle conseguenze.

Con il proseguire dell'*iter* legislativo, è divenuto evidente che il dibattito vedeva sostanzialmente contrapposti da un lato il Tribunale, favorevole alla creazione di un nuovo tribunale specializzato che si affiancasse al Tribunale della funzione pubblica, e dall'altro la Corte, che ha fin dall'inizio escluso la proponibilità di tale soluzione, sulla base di ragioni che possono essere distinte in motivi relativi all'efficienza della giustizia⁵⁴ e motivi invece riguardanti la coerenza dell'istituzione nel suo complesso.

Sotto il primo profilo, tenendo peraltro in considerazione i commenti di elogio che l'unico tribunale specializzato dell'Unione aveva catalizzato su di sé⁵⁵, non sembra invero potersi negare l'idoneità dei tribunali specia-

⁵¹ Tra queste, innanzitutto, la proposta emersa nella seduta plenaria del Tribunale dell'8 dicembre 2014 volta alla creazione di una nuova giurisdizione specializzata che potesse sottrarre parte del contenzioso all'istituzione: i membri del Tribunale avevano individuato nella creazione di un tribunale specializzato per la proprietà intellettuale una possibile risposta strutturale al sovraccarico di lavoro. Altre soluzioni sono state presto accantonate dalla Corte, come quella, vagheggiata per diverso tempo soprattutto in dottrina (cfr. M. ABENAIM, *Epilogue, at Last, on the Reform of the General Court*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 26 gennaio 2016), che consisteva in un incremento dei soli *référéndaires*, o anche tutte le molteplici proposte (avanzate talora dagli attori della procedura legislativa, talaltra da soggetti esterni ad essa) volte a porre in essere un aumento di giudici più contenuto.

⁵² C. KYE, *A Quagmire of Delays*, *cit. supra*, nota 37, p. 453.

⁵³ Così M. VAN DER WOUDE, *Judicial Reform and Reasonable Delay*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012.

⁵⁴ La Corte ha ritenuto infatti che tale soluzione avrebbe costituito una «tregua di breve durata (...) perché il volume di cause trasferite al giudice specializzato sarebbe parzialmente neutralizzato dall'aumento del numero di impugnazioni proposte dinanzi al Tribunale». Se è vero che parte del contenzioso sottratto al Tribunale (circa il 35%, secondo i dati passati) ritorna nella forma di giudizi di impugnazione, sembra però difficile sostenere che questo possa "neutralizzare" l'effetto benefico della creazione di una giurisdizione specializzata: si pensi alla funzione deflativa svolta dal Tribunale della funzione pubblica nella misura in cui solo nel 2015 delle 167 cause proposte, solamente 35 hanno costituito oggetti di impugnazione, e di queste ne sono state respinte 22.

⁵⁵ Così R. SCHIANO, *Le "camere giurisdizionali" presso la Corte di Lussemburgo: alcune riflessioni alla luce dell'istituzione del Tribunale della funzione pubblica*, in *Dir. Un. Eur.*,

lizzati a svolgere ottimamente una funzione al contempo di alleggerimento del carico di lavoro del Tribunale e di garanzia di una tutela giuridica effettiva al ricorrente⁵⁶.

D'altra parte, il rischio della produzione di una giurisprudenza non coerente si fonda sulla possibilità che – nell'ipotesi in cui un ricorrente agisca rivolgendosi al tribunale specializzato e la stessa questione venga contestualmente sottoposta alla Corte di giustizia in via pregiudiziale – vengano emesse sentenze aventi per oggetto la medesima controversia ma dal contenuto tra loro incompatibile: il rischio di corruzione dell'uniformità interpretativa del diritto europeo deriverebbe dalla rottura di quella simmetria (tra la competenza di impugnazione e quella pregiudiziale) che la Corte ha sempre visto realizzata nella propria struttura piramidale e che non avrebbe potuto essere messa a repentaglio con l'istituzione del Tribunale della funzione pubblica, essendo esclusa *ex se* la possibilità di rinvii pregiudiziali in tale materia.

Per ciò che riguarda le altre aree del diritto dell'Unione europea, l'eventualità di contraddizioni nella giurisprudenza che deriverebbe dalla creazione di un nuovo tribunale specializzato potrebbe essere evitata, invece, solo accentrando nello stesso soggetto il potere di decidere in ultima istanza i ricorsi diretti nella materia attribuita alla giurisdizione specializzata e, al contempo, le relative questioni pregiudiziali in veste di giudice di unica istanza. Nel caso concreto, questo si potrebbe realizzare – qualora venisse istituito un nuovo tribunale specializzato per materie che astrattamente potrebbero costituire oggetto di rinvii pregiudiziali – solamente mediante un parallelo trasferimento *ex art. 256, par. 3, TFUE* di parte della competenza pregiudiziale dalla Corte di giustizia al Tribunale.

Quello relativo al trasferimento di parte della competenza pregiudiziale al Tribunale costituisce invero un tema non nuovo: lo stesso Presidente

2005, p. 719; House of Lords, *The Workload of the Court of Justice of the European Union*, HL Paper 128, 2010, dove si scrive che «the CST is a success story and the Committee has no concerns regarding its ability to manage its case-load»; lo stesso ex Presidente della Corte di giustizia, Vasilos Skouris, in occasione del quinto anniversario del Tribunale della funzione pubblica, ne aveva parlato nei termini di una "una storia di successo".

⁵⁶ Così, invero, si sono espresse l'European Public Service Union-Court of Justice (EPSU-CJ) e l'Union Syndical Fédérale (USF), associazioni sindacali afferenti all'Unione europea che hanno svolto un ruolo centrale nella sensibilizzazione relativa ai risvolti sociali ed economici della riforma attraverso la pubblicazione di alcuni documenti nei quali è stata analizzata con particolare attenzione la prospettiva dell'abolizione del Tribunale della funzione pubblica. Secondo l'EPSU/CJ e l'USF, infatti, tale operazione porterebbe a un impoverimento della qualità dei giudizi nelle materie che richiedono una maggiore specializzazione, giacché nel Tribunale riformato «i casi di funzione pubblica finirebbero con il sembrare un povero parente degli altri, non gratificanti per i giudici che si troverebbero a doverli decidere» (EPSU-CJ, *Will the Civil Service Tribunal be sacrificed to the whims of the Member States?*).

della Corte di giustizia Koen Lenaerts, divenuto in seguito uno dei fautori della riforma in esame, si era espresso sulla questione, sostenendo che «for matters in which the CFI acts as an appellate court [...] and the preliminary reference pertains to the same subject as that on appeal, the CFI's preliminary ruling jurisdiction would not be likely to harm the unity of European law»⁵⁷. D'altronde, ad analoga conclusione potrebbe giungersi guardando all'esperienza del Tribunale in veste di giudice di impugnazione – e, quindi, di legittimità – rispetto alle sentenze del Tribunale della funzione pubblica, che ha rappresentato un successo in termini di qualità ed efficacia di tutela giurisdizionale, come testimonia lo scarso ricorso allo strumento del riesame. A tal proposito, sebbene si potrebbe sostenere che – vista la peculiarità e la minor problematicità caratterizzanti il contenzioso della funzione pubblica – tale valutazione non possa essere estesa a un Tribunale competente per i rinvii pregiudiziali, va sottolineato che proprio in tale eventualità troverebbe piena applicazione, al fine di ricomporre l'unità interpretativa e la coerenza della giurisprudenza "comunitaria", l'istituto del riesame, così come disciplinato dall'art. 256 TFUE e dalle relative disposizioni dello Statuto della Corte di giustizia.

Così, la ragione della strenua opposizione "interna" alla creazione di un nuovo tribunale specializzato sembra trovarsi nell'eventualità, malvista dai membri della Corte⁵⁸, di un futuro trasferimento di competenze pregiudiziali al Tribunale: il contrasto alla soluzione del tribunale specializzato (e, indirettamente, a un parziale ma doveroso slittamento di parte della competenza pregiudiziale) avrebbe così avuto lo scopo di preservare in capo alla Corte il monopolio sulla funzione di indirizzo che le è attribuita dall'art. 19 TUE e che è strettamente legata alla competenza pregiudiziale.

⁵⁷ K. LENAERTS, *The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union*, CMLR, 2007, pp. 1625-165. La questione è stata trattata da autorevole dottrina con particolare riferimento al trasferimento della competenza pregiudiziale in materia di diritto antitrust. In tal senso, si vedano I. KOKKORIS, *The Reform of EC Competition Law: new Challenges*, in *International Competition Law Series*, 2010, p. 263; P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2006, p. 59; J. AZIZI, *Opportunities and Limits for the Transfer of Preliminary Reference Proceedings to the Court of First Instance*, in I. PERNICE - J. KOKOTT - C. SAUNDERS (eds.), *The future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 241-256, dove, ipotizzandosi la futura creazione di un tribunale specializzato in materia di concorrenza, si auspica la devoluzione a questo della relativa competenza pregiudiziale ai fini di una maggiore "sinergia" tra la funzione dell'impugnazione e la (eventuale) competenza pregiudiziale del Tribunale.

⁵⁸ Emersa con particolare evidenza nel 2013, in occasione del discorso di addio del giudice austriaco del Tribunale Joseph Azizi, il quale, rivolgendosi direttamente al Presidente della Corte Skouris, gli fece notare come lo stesso Presidente e il Vicepresidente Lenaerts avessero apertamente affermato che le disposizioni che prevedono i tribunali specializzati sono «articoli errati» che andrebbero cambiati e che la Corte non li avrebbe in futuro applicati (v. D. SEYTRE, *Le Coup d'éclat de Josef Azizi*, in *Le Jeudi*, 26 settembre 2013).

Ciò considerato, sembra potersi dire che la Corte abbia fatto del sovraccarico di lavoro del Tribunale, realtà dai limiti quantomeno fumosi, l'oggetto di uno *straw man argument* allo scopo di indurre le istituzioni coinvolte nel processo legislativo a ridisegnare, semplificandola, la propria architettura istituzionale nella direzione di un rafforzamento della propria posizione "suprema". E a tal proposito non si può che dare ragione a chi afferma che con il Regolamento (Ue) n. 2422/2015 si sia realizzato un «rinovamento costituzionale»⁵⁹ la cui portata va ben oltre la scelta quantitativa sul numero dei giudici che dovranno comporre il Tribunale, e che con esso è stato attestato – tenendo a mente che la prospettiva dell'istituzione di nuovi tribunali specializzati diviene oggi uno scenario del tutto irrealizzabile⁶⁰ – il superamento della giustizia fondata sull'equilibrio tra l'idea di una giurisdizione generalista e la specializzazione del sapere giudiziario⁶¹.

D'altra parte, la riforma dà inizio a una nuova fase istituzionale che, recuperando il vecchio modello della giustizia «una e bina» e ignorando l'invito alla creazione di tribunali specializzati sotteso alla formulazione dell'art. 19 TUE e dell'art. 257 TFUE, si fonda su una forte contrapposizione funzionale e strutturale tra la Corte e un Tribunale che torna ad essere esclusivamente «giudice del fatto».

7. Riflessioni conclusive

Un ultimo aspetto che dev'essere evidenziato per comprendere al meglio il significato di quello che è destinato a divenire una pietra miliare nel sistema giudiziario dell'istituzione⁶², è ciò che ne ha fatto un vero e proprio segno dei tempi e degli "umori" che attraversano l'Unione in questa sua fase evolutiva: senza voler dare con ciò un giudizio definitivo sull'adequazione della riforma, non può negarsi che permangono diverse perplessità riguardo all'evidente fraintendimento della funzione giudiziaria dell'Unione europea da parte degli Stati membri.

⁵⁹ A. M. COLLINS, *The General Court: Enlargement or Reform?*, intervento alla Annual European Law Conference, King's College, Londra, 15 marzo 2016.

⁶⁰ Tra i molti, A. ALEMANN - L. PECH, *Thinking Justice Outside the Docket*, cit. supra, nota 4.

⁶¹ F. DEHOUSSE, *The Reform of The EU Courts (II)*, cit. supra, nota 4, p. 63.

⁶² In questi termini, D. SARMIENTO, *The reform of the General Court: Unleashing the Forces of Change*, in *Despite our Differences Blog*, 15 dicembre 2015. Secondo l'autore, cautamente ottimista sull'impatto della riforma, «the reform of the General Court is the first step in the transformation of the EU's judiciary. It will unleash the forces of change, whether we like it or not. But if those forces are wisely managed, it could be the Institution's chance to turn into the judicial hegemon that many wish the Court to become. Wisdom and care, in very high doses, will be needed more than ever in the years to come».

In questo senso, com'è stato fatto notare in dottrina con un'espressione piuttosto evocativa⁶³, le politiche istituzionali dell'Unione europea possono essere, di volta in volta, collocate in un *continuum* di cui l'approccio intergovernativo e quello sovranazionale costituiscono gli estremi; nel caso di specie, la netta prevalenza del primo sul secondo è stata largamente dimostrata dal ruolo centrale svolto dalle trattative informali nella negoziazione politica del testo di riforma, dalla subordinazione delle esigenze di rinnovo della giustizia al mantenimento dello *status quo* in fatto di rappresentanza politica, nonché, in ultima analisi, dalla valorizzazione di un'idea della giustizia europea che permane fortemente condizionata dalla pretesa degli Stati membri a poter avere «se non uno, allora due giudici per Stato» nella composizione del Tribunale.

Se, quindi, rimangono ampi margini di dubbio sugli effetti che la riforma avrà sulle capacità di risposta della Corte alle aspettative dei cittadini europei nell'amministrazione della giustizia, ciò che attesta l'esperienza che ne ha anticipato l'approvazione è il bisogno, profondamente sentito dagli Stati dell'Unione, di mantenere salda la propria sovranità in un ramo dell'ordinamento "comunitario", quello giurisdizionale, dove ancora vige un approccio fortemente intergovernativo. E che molte delle argomentazioni alla base della scelta di riforma hanno avuto lo scopo di mantenere saldo un inveterato, ma non per questo giustificato, sistema di rappresentanza delle singole nazionalità europee all'interno dell'istituzione giudiziaria dell'Unione europea.

Giacomo Dalla Valentina*

SINTESI

Con l'adozione del Regolamento (Ue, Euratom) n. 2422/2015, è stata messa in atto una modifica dell'assetto istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea che può dirsi una delle più rilevanti nella storia dell'istituzione. In particolare, la scelta di raddoppiare i giudici del Tribunale ha palesato l'incapacità degli Stati membri di pervenire a un compromesso politico su un numero di nuovi giudici che comportasse il superamento di un assetto incardinato nel principio

⁶³ N. NUGENT, *The Government and Politics of the European Union*, Basingstoke, Palgrave, VII ed., 2010.

* Dottorando in diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Milano

di equa rappresentanza degli Stati medesimi. Nel ricostruire la genesi e le argomentazioni addotte a sostegno di tale riforma, emergono così alcune criticità, in termini sia di razionalità economica sia di concreta idoneità della riforma nell'assolvere al proprio scopo primario di deflazione del carico di lavoro dell'istituzione. A ciò si aggiungono alcune perplessità, connesse all'abbandono del modello di giustizia «a costellazione» introdotto dal Trattato di Nizza, a favore del ritorno al previgente modello della Corte «una e bina».

ABSTRACT

Regulation (EU, Euratom) 2015/2422 determined a modification of the institutional framework of the CJEU which is said to be one of the most important of the history of the institution. The reform, which caused the doubling of the members of the General Court, demonstrated the inability of the Member States to reach any political compromise that could lead to the abandonment of a system based on the principle of equal representation of the Member States within the institution. By describing the origin and the arguments put forward in support of the reform, several issues arise, regarding both the economic rationality and the suitability of the reform to fulfill its primary purpose, i.e. the tackling of the institution's workload. Further concerns, moreover, are linked to the abandonment of the "constellation" system of justice introduced by the Treaty of Nice, in favour of the return to the previous "biennial" model that used to characterize the CJEU.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni del Consiglio europeo del 22 marzo 2018*

I. Occupazione, crescita e competitività

Mercato unico

1. Il Consiglio europeo invita a intensificare gli sforzi per realizzare, prima della fine dell'attuale ciclo legislativo, la strategia per il mercato unico, la strategia per il mercato unico digitale, il piano d'azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali e l'Unione dell'energia, anche mediante il rapido esame delle recenti proposte della Commissione. Le decisioni già adottate devono essere attuate con efficacia. Oltre al completamento e all'attuazione delle strategie, l'UE deve continuare ad adoperarsi per un mercato unico equo e adeguato alle esigenze future e all'era digitale, che sia un motore di competitività, di innovazione e di sostenibilità. Il Consiglio europeo invita pertanto la Commissione a presentare al Consiglio, prima della discussione nel quadro dell'agenda dei leader del dicembre 2018, lo stato di avanzamento dell'attuazione, dell'applicazione e del rispetto della legislazione vigente, fondamentale per il funzionamento del mercato unico, e una valutazione degli ostacoli che ancora si frappongono a un mercato unico pienamente funzionante e delle opportunità a esso connesse. Al fine di trarre i massimi vantaggi dal mercato unico, l'UE ha bisogno di una forte politica industriale.

Commercio (Omissis)

Semestre europeo (Omissis)

Aspetti sociali (Omissis)

II. Altri punti

Accordo di Parigi (Omissis)

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>.

Europa digitale

7. I social network e le piattaforme digitali devono garantire pratiche trasparenti e la piena protezione della vita privata e dei dati personali dei cittadini. Occorre rispettare e applicare la legislazione nazionale e dell'UE. Questo tema importante, insieme ad altre questioni relative all'Europa digitale - inclusa l'adozione, nel 2018, di tutti gli strumenti legislativi che istituiscono il mercato unico digitale - e alla promozione della ricerca e dell'innovazione, come l'intelligenza artificiale e le modalità per sostenere le innovazioni pionieristiche e lo sviluppo delle competenze digitali, sarà discusso dai capi di Stato o di governo nella riunione informale prevista in maggio a Sofia.

*Balcani occidentali (Omissis)**Attacco di Salisbury*

9. Il Consiglio europeo condanna con la massima fermezza il recente attacco di Salisbury, esprime la sua più sentita vicinanza a tutti coloro le cui vite sono state messe a repentaglio e offre il suo sostegno alle indagini in corso. Concorda con la valutazione del governo del Regno Unito secondo cui è altamente probabile che la Federazione russa sia responsabile e non vi sono spiegazioni plausibili alternative. Manifestiamo la nostra incondizionata solidarietà al Regno Unito dinanzi a questa grave sfida alla nostra sicurezza comune.

10. Il ricorso ad armi chimiche, compreso l'utilizzo di qualsiasi sostanza chimica tossica come arma, in qualunque circostanza, è del tutto inaccettabile, deve essere condannato sistematicamente e fermamente e rappresenta una minaccia alla sicurezza per tutti noi. Gli Stati membri si coordineranno per quanto concerne le conseguenze da trarre alla luce delle risposte fornite dalle autorità russe. L'attenzione dell'Unione europea rimarrà saldamente incentrata su tale questione e sulle relative implicazioni. *(Omissis)*

Azioni della Turchia nel Mediterraneo orientale e nel mar Egeo

12. Il Consiglio europeo condanna fermamente le continue azioni illegali della Turchia nel Mediterraneo orientale e nel mar Egeo e sottolinea la sua piena solidarietà con Cipro e la Grecia.

13. Ricordando le sue conclusioni dell'ottobre 2014 e la dichiarazione del 21 settembre 2005, il Consiglio europeo invita urgentemente la Turchia a porre fine a tali azioni e a rispettare i diritti sovrani di Cipro di esplorare e sfruttare le proprie risorse naturali conformemente al diritto dell'UE e internazionale. *(Omissis)*

Conclusioni del Consiglio europeo del 23 marzo 2018 (art. 50) Orientamenti**

1. Il Consiglio europeo si compiace dell'accordo raggiunto dai negoziatori sulle parti del testo giuridico dell'accordo di recesso concernenti i diritti dei cittadini, la liquidazione finanziaria, una serie di altre questioni relative al recesso e la transizione. Ricorda che su altre questioni deve ancora essere trovato un accordo e che i negoziati potranno progredire solo a condizione che tutti gli impegni assunti finora siano pienamente rispettati, e si compiace al riguardo delle garanzie scritte fornite dal primo ministro May, in particolare per quanto concerne la questione dell'Irlanda/Irlanda del Nord. Chiede di intensificare gli sforzi sulle rimanenti questioni concernenti il recesso e sulle questioni relative all'applicazione territoriale dell'accordo di recesso, in particolare in relazione a Gibilterra, e ribadisce che nulla è concordato finché tutto non è concordato.

2. Il Consiglio europeo ricorda e riconferma i suoi orientamenti del 29 aprile e del 15 dicembre 2017, che continuano ad applicarsi pienamente e i cui principi dovranno essere rispettati nell'ambito delle future relazioni con il Regno Unito. Il Consiglio europeo prende atto della risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2018 sul quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito.

3. Il Consiglio europeo ribadisce la determinazione dell'Unione ad avere un partenariato quanto più stretto possibile con il Regno Unito in futuro. Tale partenariato dovrebbe riguardare la cooperazione commerciale ed economica nonché altri settori, in particolare la lotta al terrorismo e alla criminalità internazionale, come pure la sicurezza, la difesa e la politica estera.

4. Al tempo stesso, il Consiglio europeo deve tenere conto delle posizioni del Regno Unito, espresse a più riprese, che limitano la portata di detto partenariato futuro. La mancata partecipazione all'unione doganale e al mercato unico produrrà inevitabilmente attriti in ambito commerciale. Le divergenze nelle tariffe esterne e nelle norme interne, nonché l'assenza di istituzioni comuni e di un ordinamento giuridico condiviso, rendono necessari verifiche e controlli a difesa dell'integrità del mercato unico dell'UE e del mercato del Regno Unito, il che avrà purtroppo conseguenze economiche negative, in particolare nel Regno Unito.

5. Alla luce di quanto precede, il Consiglio europeo definisce i seguenti orientamenti allo scopo di avviare negoziati in merito alla visione globale del quadro delle future relazioni, che sarà elaborata in una dichiarazione politica che accompagnerà l'accordo di recesso e a cui quest'ultimo farà riferimento. (*Omissis*)

8. Per quanto concerne il nucleo delle relazioni economiche, il Consiglio europeo conferma di essere pronto ad avviare i lavori per un accordo di libero scambio (ALS) equilibrato, ambizioso e di ampia portata, a condizione che vi siano suf-

** In <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>. A seguito di una notifica a norma dell'art. 50 del TUE, il membro del Consiglio europeo che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo che lo riguardano.

ficienti garanzie di parità di condizioni. L'accordo sarà messo a punto e concluso una volta che il Regno Unito non sarà più uno Stato membro. Tale accordo non può, tuttavia, offrire gli stessi vantaggi legati alla qualità di membro, né equivalere alla partecipazione al mercato unico o sue parti. L'accordo contemplerebbe:

i. lo scambio di merci, con l'obiettivo di coprire tutti i settori e di cercare di mantenere tariffe nulle e nessuna restrizione quantitativa, accompagnato da opportune regole di origine.

Nel contesto globale dell'ALS si dovrebbe mantenere l'attuale accesso reciproco alle acque e alle risorse di pesca;

ii. un'adeguata cooperazione doganale che preservi l'autonomia normativa e giurisdizionale delle parti e l'integrità dell'unione doganale dell'UE;

iii. disposizioni sugli ostacoli tecnici agli scambi (TBT) e misure sanitarie e fitosanitarie;

iv. un quadro per la cooperazione normativa volontaria;

v. lo scambio di servizi, con l'obiettivo di consentire l'accesso al mercato per fornire servizi conformemente alle norme dello Stato ospitante, anche per quanto riguarda il diritto di stabilimento dei fornitori, in misura coerente con il fatto che il Regno Unito diventerà un paese terzo e che l'Unione e il Regno Unito non condivideranno più un quadro comune di regolamentazione, vigilanza, esecuzione e attività giudiziaria;

vi. l'accesso ai mercati degli appalti pubblici, gli investimenti e la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, comprese le indicazioni geografiche, e altri settori di interesse per l'Unione. (*Omissis*)

10. Il futuro partenariato dovrebbe comprendere disposizioni ambiziose sulla circolazione delle persone fisiche, basate sulla piena reciprocità e la non discriminazione tra Stati membri, nonché su settori a essa connessi quali il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e il riconoscimento delle qualifiche professionali. In tale contesto si potrebbero esaminare le possibilità di cooperazione giudiziaria in materia matrimoniale, in materia di responsabilità genitoriale e su altre materie correlate, tenendo conto che il Regno Unito sarà un paese terzo non facente parte dello spazio Schengen e che tale cooperazione necessiterebbe di solide garanzie volte ad assicurare il pieno rispetto dei diritti fondamentali.

11. In materia di cooperazione socioeconomica si potrebbe prevedere quanto segue:

i. per quanto riguarda i servizi di trasporto, si dovrebbe puntare a mantenere la connettività tra l'UE e il Regno Unito dopo il recesso di quest'ultimo. Ciò potrebbe essere conseguito, tra l'altro, mediante un accordo sul trasporto aereo combinato con accordi sulla sicurezza aerea, nonché mediante accordi sugli altri modi di trasporto, garantendo nel contempo solide condizioni di parità nei settori altamente competitivi;

ii. per quanto concerne taluni programmi dell'Unione, ad esempio nei settori della ricerca e dell'innovazione e in quelli dell'istruzione e della cultura, qualsiasi partecipazione del Regno Unito dovrebbe essere soggetta alle pertinenti condizioni di partecipazione dei paesi terzi da stabilire nei programmi corrispondenti.

12. In considerazione della prossimità geografica del Regno Unito e della sua interdipendenza economica con l'UE a 27, le future relazioni produrranno risultati reciprocamente soddisfacenti solo se includeranno solide garanzie atte ad assicurare condizioni di parità. (*Omissis*)

Qualsiasi quadro futuro dovrebbe salvaguardare la stabilità finanziaria dell'Unione e rispettarne il regime e le norme di regolamentazione e di vigilanza, nonché la relativa applicazione. (*Omissis*)

Conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018***

I. Migrazione

1. Il Consiglio europeo ribadisce che il buon funzionamento della politica dell'UE presuppone un approccio globale alla migrazione che combini un controllo più efficace delle frontiere esterne dell'UE, il rafforzamento dell'azione esterna e la dimensione interna, in linea con i nostri principi e valori. È una sfida, non solo per il singolo Stato membro, ma per l'Europa tutta. Dal 2015 è stata posta in essere una serie di misure ai fini del controllo efficace delle frontiere esterne dell'UE. Si è ottenuto in tal modo un calo del 95% del numero di attraversamenti illegali delle frontiere verso l'UE rilevati rispetto al picco registrato nell'ottobre 2015, anche se i flussi hanno ripreso a crescere di recente sulle rotte del Mediterraneo orientale e occidentale.

2. Il Consiglio europeo è determinato a proseguire e rafforzare questa politica per evitare un ritorno ai flussi incontrollati del 2015 e contenere ulteriormente la migrazione illegale su tutte le rotte esistenti ed emergenti.

3. Per quanto riguarda la rotta del Mediterraneo centrale, dovrebbero essere maggiormente intensificati gli sforzi per porre fine alle attività dei trafficanti dalla Libia o da altri paesi. L'UE resterà al fianco dell'Italia e degli altri Stati membri in prima linea a tale riguardo. Accrescerà il suo sostegno a favore della regione del Sahel, della guardia costiera libica, delle comunità costiere e meridionali, di condizioni di accoglienza umane, di rimpatri umanitari volontari, della cooperazione con altri paesi di origine e di transito, nonché di reinsediamenti volontari. Tutte le navi operanti nel Mediterraneo devono rispettare le leggi applicabili e non interferire con le operazioni della guardia costiera libica.

4. Riguardo alla rotta del Mediterraneo orientale, sono necessari ulteriori sforzi per attuare pienamente la dichiarazione UE-Turchia, impedire nuovi attraversamenti dalla Turchia e fermare i flussi. L'accordo di riammissione UE-Turchia e gli accordi bilaterali di riammissione dovrebbero essere pienamente attuati in modo non discriminatorio nei confronti di tutti gli Stati membri. È ne-

*** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>.

cessario compiere con urgenza maggiori sforzi per assicurare rapidi rimpatri e prevenire lo sviluppo di nuove rotte marittime o terrestri. La cooperazione con i *partner* della regione dei Balcani occidentali e il sostegno agli stessi rimangono essenziali per scambiare informazioni sui flussi migratori, prevenire la migrazione illegale, aumentare le capacità di protezione delle frontiere e migliorare le procedure di rimpatrio e riammissione. In considerazione del recente aumento dei flussi nel Mediterraneo occidentale, l'UE sosterrà, finanziariamente e in altro modo, tutti gli sforzi compiuti dagli Stati membri, in special modo la Spagna, e dai paesi di origine e di transito, in particolare il Marocco, per prevenire la migrazione illegale.

5. Per smantellare definitivamente il modello di attività dei trafficanti e impedire in tal modo la tragica perdita di vite umane, è necessario eliminare ogni incentivo a intraprendere viaggi pericolosi. Occorre a tal fine un nuovo approccio allo sbarco di chi viene salvato in operazioni di ricerca e soccorso, basato su azioni condivise o complementari tra gli Stati membri. Al riguardo, il Consiglio europeo invita il Consiglio e la Commissione a esaminare rapidamente il concetto di piattaforme di sbarco regionali, in stretta cooperazione con i paesi terzi interessati e con l'UNHCR e l'OIM. Tali piattaforme dovrebbero agire operando distinzioni tra i singoli casi, nel pieno rispetto del diritto internazionale e senza che si venga a creare un fattore di attrazione.

6. Nel territorio dell'UE coloro che vengono salvati, a norma del diritto internazionale, dovrebbero essere presi in carico sulla base di uno sforzo condiviso e trasferiti in centri sorvegliati istituiti negli Stati membri, unicamente su base volontaria; qui un trattamento rapido e sicuro consentirebbe, con il pieno sostegno dell'UE, di distinguere i migranti irregolari, che saranno rimpatriati, dalle persone bisognose di protezione internazionale, cui si applicherebbe il principio di solidarietà. Tutte le misure nel contesto di questi centri sorvegliati, ricollocazione e reinsediamento compresi, saranno attuate su base volontaria, lasciando impregiudicata la riforma di Dublino.

7. Il Consiglio europeo conviene l'erogazione della seconda quota dello strumento per i rifugiati in Turchia e al tempo stesso il trasferimento al Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa di 500 milioni di EUR a titolo della riserva dell'undicesimo FES. Gli Stati membri sono inoltre invitati a contribuire ulteriormente al Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa al fine di rialimentarlo.

8. Per affrontare alla radice il problema della migrazione è necessario un partenariato con l'Africa volto a una trasformazione socioeconomica sostanziale del continente africano sulla base dei principi e degli obiettivi definiti dai paesi africani nella loro Agenda 2063. (*Omissis*)

II. Sicurezza e difesa

13. L'Europa deve assumersi maggiori responsabilità per la sua stessa sicurezza e rafforzare il proprio ruolo di attore e partner credibile e affidabile nel settore della sicurezza e della difesa. L'Unione sta pertanto predisponendo misure

per potenziare la difesa europea, incrementando gli investimenti nel settore, lo sviluppo delle capacità e la prontezza operativa. Queste iniziative accrescono la sua autonomia strategica integrando e rafforzando, nel contempo, le attività della NATO, in linea con le conclusioni precedenti. (*Omissis*)

III. Occupazione, crescita e competitività

14. Il Consiglio europeo approva le raccomandazioni specifiche per paese integrate discusse dal Consiglio, rendendo in tal modo possibile la conclusione del semestre europeo 2018. Si dovrebbe approfittare dell'attuale situazione economica positiva per imprimere un maggiore slancio alle riforme.

15. Garantire un'imposizione fiscale equa ed efficace continua a costituire una priorità fondamentale. In tale contesto, occorre continuare a lottare con determinazione contro l'elusione, l'evasione e la frode fiscali, sia a livello mondiale (in particolare in seno all'OCSE) sia all'interno dell'UE. Nel contempo, si riscontra una reale necessità di adeguare i nostri regimi fiscali all'era digitale. Il Consiglio dovrebbe pertanto portare avanti i lavori sulle proposte della Commissione in materia di tassazione del digitale. Si dovrebbe altresì continuare a lavorare alle modalità per garantire l'effettiva riscossione dell'IVA, anche compiendo rapidi progressi sulle proposte della Commissione in merito a misure a breve termine. (*Omissis*)

IV. Innovazione e digitale

19. L'Europa deve sviluppare ulteriormente l'attività di ricerca di alta qualità in tutta l'UE, convertendola in nuovi prodotti, servizi e modelli commerciali. Abbiamo bisogno di un ecosistema dell'innovazione più forte e inclusivo al fine di favorire le innovazioni pionieristiche e creatrici di mercati e fornire un sostegno globale alle imprese, comprese le PMI, dotate di potenziale dirompente affinché accedano con successo ai mercati mondiali. (*Omissis*)

V. Altre questioni (*Omissis*)

Conclusioni del Consiglio europeo del 29 giugno 2018 (art. 50)****

1. Alla luce dello stato dei lavori presentato dal negoziatore dell'Unione, il Consiglio europeo accoglie con favore gli ulteriori progressi compiuti su talune parti del testo giuridico dell'accordo di recesso. Il Consiglio europeo rileva, tuttavia, che deve ancora essere trovato un accordo su altri aspetti importanti, com-

**** A seguito della notifica a norma dell'art. 50 del TUE, il membro del Consiglio europeo che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo che lo riguardano.

presa l'applicazione territoriale dell'accordo di recesso, segnatamente per quanto riguarda Gibilterra.

2. Il Consiglio europeo esprime preoccupazione per il fatto che non si siano ancora registrati progressi sostanziali in merito all'accordo su una soluzione "di salvaguardia" (*backstop*) per l'Irlanda/Irlanda del Nord. Ricorda gli impegni assunti dal Regno Unito al riguardo nel dicembre 2017 e nel marzo 2018 e insiste sulla necessità di intensificare gli sforzi per poter concludere quanto prima l'accordo di recesso, comprese le relative disposizioni sulla transizione, affinché possa prendere effetto alla data del recesso. Ricorda che i negoziati possono progredire solo a condizione che tutti gli impegni assunti finora siano pienamente rispettati.

3. Occorre inoltre accelerare i lavori volti a preparare una dichiarazione politica sul quadro delle future relazioni*****. A tal fine sono necessarie una maggiore chiarezza e proposte realistiche e percorribili da parte del Regno Unito in merito alla sua posizione sulle relazioni future. Il Consiglio europeo ribadisce i principi enunciati negli orientamenti e nella posizione da esso definiti nel marzo 2018. Il Consiglio europeo ricorda che se le posizioni del Regno Unito dovessero evolversi, l'Unione sarà pronta a riconsiderare la sua offerta conformemente ai principi enunciati negli orientamenti del 29 aprile e del 15 dicembre 2017 nonché in quelli del 23 marzo 2018.

4. Il Consiglio europeo rinnova l'invito rivolto agli Stati membri, alle istituzioni dell'Unione e a tutte le parti interessate a intensificare i lavori per prepararsi a tutti i livelli e a tutti gli esiti possibili.

***** Cfr. *errata corrige* del 2 luglio 2018, reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>.

DOCUMENTAZIONE

**ATTI DEL TRENTESIMO CONVEGNO ANNUALE DI AIGLI
(ASSOCIAZIONE INTERNAZIONALE GIURISTI DI LINGUA ITALIANA)
TENUTOSI A BOLOGNA NEI GIORNI 14-17 SETTEMBRE 2017,
SUL TEMA «CONTRATTO E ATTIVITÀ D'IMPRESA NEL DIGITALE»
(PROBLEMI E SOLUZIONI NEL COMMERCIO ELETTRONICO DI OGGI)**

Presentazione

«Trent'anni di vita non contengono maggior vita che cento di morta esistenza? Questi sono i veri calcoli convenienti al filosofo, che non si contenti di misurar le cose, ma le pesi, e ne stimi il valore. E non faccia come il secco matematico che calcola la quantità in genere ed in astratto, ma relativamente alla loro sostanza, e qualità, e natura, e peso, e forza specifica e reale». Queste parole di Giacomo Leopardi¹ paiono adattarsi bene ad AIGLI.

Infatti AIGLI - Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana², è arrivata nel 2017 a compiere trent'anni di vita, di vita vera, per così dire dotati di «*maggior vita che cento*», perché in trent'anni AIGLI si è dedicata molto attivamente e con costanza alle sue finalità culturali, tra confronti, approfondimenti, convegni, incontri, pubblicazioni, dibattiti e studi.

AIGLI ha festeggiato il suo trentesimo appuntamento con i suoi convegni annuali il 15 settembre 2017 a Bologna, in una giornata di lavori nella quale si è riunito un centinaio di associati provenienti da molti Paesi (dall'Argentina al Brasile agli Stati Uniti d'America, dalla Germania alla Francia alla Gran Bretagna, dalla Spagna al Belgio all'Olanda, dall'Un-

¹ G. LEOPARDI, *Zibaldone*, edizione integrale diretta da *Lucio Felici*, Roma, Newton Compton Editori, 2018, p. 207.

² www.aigli.com.

gheria alla Danimarca al Lussemburgo, dall'Austria all'Italia al Portogallo, dalla Turchia alla Grecia al Libano, dalla Croazia alla Polonia alla Svizzera) per affrontare il tema «Contratto e attività d'impresa nel digitale (Problemi soluzioni nel commercio elettronico oggi)».

La scelta di questo tema è stata intesa a testimoniare in AIGLI l'attenzione all'attualità e l'apertura agli sviluppi nei campi che più si stanno evolvendo, affrontati fin dove possibile con gli istituti civilistici classici ma senza prevenzioni contro possibili nuovi modelli futuri.

Il consiglio direttivo all'unanimità e già l'assemblea a Perugia nel 2016 avevano ritenuto l'argomento di massimo interesse: oggi per ogni operatore del diritto è categorico essere aggiornato al massimo in materia, perché ormai le imprese ed i professionisti lavorano sempre più su internet.

Ai relatori, ma anche agli associati, attivi negli interventi e nel dibattito, era stato chiesto di incentrare l'attenzione non tanto sul consumatore, quanto sulle imprese che vogliono condurre o incrementare i loro affari in via elettronica.

Così la tutela del consumatore resta da considerare comunque con la massima cura, ma in primo piano vengono esaminati obblighi, responsabilità e rischi delle imprese che forniscano beni e servizi avvalendosi di tecnologia digitale e di rete, non solo verso il consumatore ma più in generale anche nei rapporti con fornitori, professionisti, agenti, enti pubblici o privati.

Nel luglio 2017, per la preparazione del Convegno, erano state ricordate agli associati alcune problematiche nevralgiche su cui confrontarsi. Per esempio:

- Come si forma il vincolo contrattuale e come ci si regola per le diverse clausole (tra le altre le clausole onerose)?

- Qual è il luogo di conclusione del contratto concluso su internet? E qual è la legge applicabile?

- Se qualcuno entra a far uso del sistema approntato da un'impresa, quell'impresa è responsabile?

- Se viceversa il filtro *anti-spam* ferma qualche richiesta/offerta, ci sono responsabilità?

- A volte il sito *web* ha spazi affinché il pubblico comunichi e discuta sui prodotti e sul loro uso: l'impresa è responsabile di quel che venga ivi postato da terzi? Che cosa può o deve fare?

- Quali vincoli contrattuali si formano con l'accesso a piattaforme di *e-marketplace*, *social network*, *business community*, *crowdfunding*, *sharing economy*, ecc.?

- Davvero è agevole la risoluzione dei conflitti *on line*, solitamente prevista nei contratti conclusi in via informatica?

Si è ritenuto infatti che simili domande non trovassero facile univoca risposta nella direttiva europea n. 2000/31/Ce dell'8 giugno 2000, recepita

in Italia con il dlgs n. 70 del 9 aprile 2003, c.d. «direttiva sul commercio elettronico», e si è voluto sollecitare il confronto.

Tanto per incominciare, il quadro in cui si muove il commercio elettronico è ben più grande dell'Europa.

Poi, anche in Europa, permangono molte questioni irrisolte, come dimostra per esempio la sentenza della Corte di giustizia secondo la quale la direttiva sul commercio elettronico «non trova applicazione nel caso in cui il luogo di stabilimento del prestatore di servizi della società dell'informazione sia sconosciuto»³.

Ancora, come è noto, la suddetta direttiva europea, che ha dotato il mercato interno di principi comuni e che è il punto di riferimento per la responsabilità dei «prestatori di servizi della società dell'informazione», va letta coordinata con altre norme europee, come le direttive sui marchi e sulla proprietà intellettuale, con il Regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, con il Regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, con la direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari, oltre che con le norme a tutela dei consumatori e con le norme fiscali, nonché con il Regolamento sulla tutela dei dati personali, tanto più importante quando ci si occupa di rapporti tenuti tramite mezzi digitali.

Chiaro frutto di questa lettura coordinata è apparsa tra le altre una sentenza emessa dalla Corte di giustizia europea al tempo in cui si ideava il convegno di AIGLI⁴, non solo nella parte nella quale la Corte ha determinato ai sensi del Regolamento (Ue) n. 864/2007 la legge applicabile all'inibitoria a tutela dei consumatori (contro l'impiego di clausole illecite da parte di impresa che stipuli contratti mediante commercio elettronico con consumatori residenti in altri Stati membri) ma anche nella parte in cui ha ritenuto che «il trattamento dei dati personali effettuato da un'impresa di commercio elettronico è disciplinato dal diritto dello Stato membro verso il quale detta impresa dirige le proprie attività qualora sia accertato che tale impresa procede al trattamento dei dati in esame nel contesto delle attività di uno stabilimento situato in detto Stato membro».

Proprio contemporaneamente allo svolgimento del Convegno di AIGLI, ossia proprio nei medesimi giorni, ad ennesima dimostrazione dell'estrema attualità dell'argomento, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono occupate della giurisdizione nei contratti telematici.

La loro ordinanza del 19 settembre 2017⁵, resa tra due società nell'eser-

³ Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2012 in causa n. C-292/10-G, *G c. Cornelius de Visser*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2012, EU:C:2012:142.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2016 in causa n. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2016, EU:C:2016:612.

⁵ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ord. del 19 settembre 2017, n. 21622.

cizio della loro attività (escluso quindi ogni riferimento alle norme sul consumatore), riguarda un contratto a distanza, stipulato mediante comunicazioni di posta elettronica, che facevano riferimento al sito *web* di una delle parti, sul quale erano pubblicate le condizioni generali di contratto.

La Suprema Corte ha trattato quindi un contratto telematico, c.d. «virtuale», concluso attraverso la trasmissione di dati informatizzati tra due postazioni informatiche che si erano messe in contatto fra loro. Ed ha riconosciuto validità alla scelta della giurisdizione tedesca contenuta nelle condizioni inserite nel sito internet ed ivi disponibili, ritenendo tale appostazione un modo che permetta di memorizzare e riprodurre le condizioni generali di contratto, ai sensi dell'art. 10, comma 3, della direttiva sul commercio elettronico.

Pregevoli le relazioni al trentesimo Convegno di AIGLI a Bologna, autorevoli i relatori e gli intervenuti, non v'è però alcuna pretesa di aver dato risposte definitive, nella consapevolezza che le soluzioni si studiano e si evolvono continuamente.

Fra i numerosi interventi, quelli scritti, qui raccolti quali atti del trentesimo Convegno annuale di AIGLI, confermano l'ampiezza delle tematiche affrontate e l'impatto del digitale sul mercato e sulla sua disciplina, in una dimensione tanto più transfrontaliera quanto più i contratti conclusi mediante mezzi informatici o telematici siano (come in effetti sono) destinati a superare i confini geografici*.

Irene Elettra Pelargonio**

SINTESI

Giuristi provenienti da tutto il mondo, associati di AIGLI, si sono incontrati a Bologna per comparare i rispettivi approcci e confrontarsi, in lingua italiana, sul tema del commercio elettronico, tema nevralgico ed attuale per la centralità dei contenuti e dei mezzi digitali nel mercato oggi.

ABSTRACT

Jurists from around the world, as members of the AIGLI, met in Bologna to compare their respective approaches and to discuss in Italian (the language of the Associazione) the subject of electronic commerce, a theme which is both topical and of crucial importance in the digital business world of today.

* Si ringrazia la Direzione e la Redazione della Rivista «Diritto comunitario e degli scambi internazionali» per la disponibilità ad ospitare gli atti del Convegno nel n. 1-2/12018 della Rivista.

** Avvocato; Presidente dell'AIGLI - Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana

IL PERFEZIONAMENTO DEL CONTRATTO *ON LINE*: OPPORTUNITÀ E CRITICITÀ

Sommario: **1.** *Il contratto on line* - **2.** *Il metodo e le fonti* - **3.** *L'impatto del digitale sui requisiti del contratto* - **3.1.** *L'accordo tra le parti nel contratto digitale* - **3.2.** *La forma del contratto digitale* - **3.2.1.** *La modalità di adesione c.d. point&click* - **4.** *L'impatto del digitale sul consumatore.*

1. Il contratto *on line*

Per contratto *on line* si intende evidentemente riferirsi al contratto concluso mediante mezzi informatici o telematici¹. Si tratta dello strumento cardine del commercio elettronico² che, altro non è, giuridicamente, che appunto uno scambio di comunicazioni di natura contrattuale con mezzi digitali.

Nel presente lavoro, il contratto *on line* verrà analizzato alla luce del diritto dei contratti, approfondendo in particolare le fonti, i requisiti del contratto e la qualità soggettiva dei contraenti. Accanto a tali tematiche principali il perfezionamento del contratto *on line* dà origine anche ad alcuni rilevanti problemi accessori che tuttavia non verranno qui affrontati se non per cenni per ragioni di necessaria sintesi. Questi ulteriori profili riguardano l'identificazione elettronica (tema che sarà trattato senza approfondire l'esame della disciplina dettata dal Regolamento e-IDAS), la tutela del consumatore digitale, il diritto d'autore, la protezione dei dati personali e i pagamenti elettronici.

¹ Diversa è l'ipotesi del contratto avente ad oggetto beni e servizi informatici. In tal caso suole parlarsi più propriamente di «contratti ad oggetto informatico».

² G. FINOCCHIARO - C. ROSSELLO - E. TOSI, *Commercio elettronico*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2007; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, Giuffrè, 2005.

Sebbene non siano oggetto di riflessione nel presente lavoro, è opportuno effettuare alcuni cenni di sintetico inquadramento delle problematiche citate. Con riguardo alla sottoscrizione e all'identificazione *on line*, occorre menzionare il recente Regolamento (Ue) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno («Regolamento e-IDAS»)³. Identificazione, autenticazione, firma e altri servizi fiduciari, come i sigilli elettronici e la validazione temporale: questi gli strumenti elettronici in relazione ai quali il legislatore europeo intende con il Regolamento realizzare l'interoperabilità giuridica e tecnica fra gli Stati membri dell'Unione europea, rafforzando contestualmente la fiducia nelle transazioni elettroniche nel mercato interno e garantendo il reciproco riconoscimento di tali sistemi.

Anche nell'ambito del contratto *on line*, il legislatore – a causa dell'asimmetria tecnologica e informativa che caratterizza i rapporti tra professionista e consumatore – prevede a favore di quest'ultimo una tutela caratterizzata da obblighi informativi e garanzie. In questo ambito, il quadro normativo è composto principalmente dalla direttiva n. 2011/83/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, nonché dalle recenti proposte di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio Com(2015)634 e Com(2015)635 del 9 dicembre 2015 che completano la protezione del consumatore *on line* disciplinando, rispettivamente, determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e dei contratti di vendita *on line*.

In relazione ai profili inerenti al diritto d'autore, occorre invece menzionare la direttiva n. 2014/26/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso *on line* nel mercato interno, avente l'obiettivo di realizzare un mercato unico del diritto d'autore e dei diritti connessi sulle opere musicali fruibili su internet, introducendo regole comuni di funzionamento degli organismi di gestione collettiva e migliorando gli *standard* di *governance* e trasparenza.

Concludere un contratto implica poi raccogliere e trattare le informazioni e i dati personali dei contraenti *on line*. Il contratto digitale solleva quindi anche problematiche di protezione dei dati personali, di recente og-

³ Per maggiori approfondimenti, cfr. F. DELFINI - G. FINOCCHIARO, *Identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno. Commento al Regolamento (UE) 910/2014*, Torino, Giappichelli, 2017.

getto del Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (*General Data Protection Regulation*, «GDPR»)⁴, direttamente applicabile a partire dal 25 maggio 2018. Il nuovo Regolamento pone una serie di adempimenti gravosi a carico dei titolari del trattamento con l'obiettivo di responsabilizzarli.

Infine, occorre considerare anche la disciplina dei pagamenti elettronici. La direttiva (Ue) n. 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno introduce infatti norme generali per i servizi di pagamento, con l'obiettivo di rendere i pagamenti intra-europei facili, efficienti e sicuri. A tal fine la direttiva stabilisce rigidi requisiti di sicurezza per i pagamenti elettronici e la tutela dei dati finanziari dei consumatori, principi di trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento, diritti e doveri degli utenti e dei fornitori di servizi di pagamento.

Si tratta di temi di grande rilevanza che, come si è accennato, non potranno essere affrontati in questa sede per ragioni di necessaria sintesi. L'oggetto di riflessione sarà invece costituito dall'esame dell'impatto del digitale sulla disciplina del contratto.

2. Il metodo e le fonti

In presenza di un fenomeno nuovo è purtroppo facile pratica invalsa quella di invocare nuove norme.

L'approccio di creare norme *ad hoc* a fronte di nuovi fenomeni non è condivisibile se solo si valuta la natura stessa dell'attività del giurista. Il lavoro del giurista, innanzitutto, è quello di interpretare e, quindi, di applicare e adattare norme generali e già esistenti a nuove fattispecie concrete.

Nel caso del contratto *on line*, in particolare, vi è una pluralità di fonti che può venire in rilievo e a supporto del giurista: fonti di natura internazionale, europea e nazionale che possono risolvere la gran parte dei problemi giuridici inerenti al commercio elettronico. Alla luce di queste ultime non si rinviene la necessità di una legiferazione ulteriore, se non eventualmente e limitatamente a temi specifici e di dettaglio che potrebbero essere stati omessi o tralasciati dalle norme generali.

Passando in rassegna le fonti di natura internazionale, occorre considerare in primo luogo la Convenzione delle Nazioni Unite sull'uso delle co-

⁴ Per maggiori approfondimenti si rinvia a G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli, 2017.

municazioni elettroniche nei contratti internazionali (anche *Electronic Communications Convention*) del 2005⁵. La Convenzione è stata promossa dall'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) che da sempre svolge un ruolo fondamentale nel disciplinare il commercio elettronico grazie ad un'intensa attività di produzione normativa, sia di *soft law* sia di *hard law*, volta a realizzare l'armonizzazione del diritto del commercio internazionale. Fra gli altri testi elaborati dall'UNCITRAL in tema di commercio elettronico constano il *Model Law on Electronic Commerce* del 1996⁶, il *Model Law on Electronic Signature* del 2001⁷ e, più recentemente, il *Model Law on Electronic Transferable Records*, adottato il 13 luglio 2017⁸. Questi testi costituiscono un fondamentale riferimento per molti Paesi che traggono significativi spunti di riflessione per l'emanazione delle proprie leggi nazionali⁹.

⁵ Si tratta di uno dei più rilevanti testi di *hard law* prodotti dall'UNCITRAL il cui scopo è quello di rimuovere gli ostacoli all'uso delle comunicazioni elettroniche nei contratti internazionali, creando un nucleo uniforme di regole e aggiornando gli strumenti normativi a supporto del commercio internazionale. L'approccio principale adottato dalla Convenzione per raggiungere tale obiettivo è quello della c.d. equivalenza funzionale che postula la neutralità delle norme non solo rispetto alla tecnologia (si veda *infra*, par. 3.2, in particolare nota 26), ma anche rispetto alle norme preesistenti. Ciò significa che l'elaborazione di norme sul digitale non avrà necessariamente l'effetto di modificare la normativa già esistente, la quale potrà essere tutt'al più oggetto di una nuova interpretazione ma non di modifiche formali. Così la definizione di documento andrà interpretata in modo da ricomprendere anche il documento informatico, la definizione di firma, la firma elettronica e così via. Tale approccio mira dunque al medesimo scopo perseguito dal principio di non discriminazione, cioè alla rimozione degli ostacoli all'equivalenza fra forma scritta e forma elettronica.

⁶ Tra i primi testi di *soft law* elaborati dall'UNCITRAL figura il *Model Law on Electronic Commerce*, ove vengono affrontate le principali problematiche giuridiche inerenti le informazioni generate, archiviate e trasmesse tramite mezzi elettronici. In tale occasione l'UNCITRAL non esamina il documento informatico, bensì il messaggio di dati che viene definito come l'insieme delle informazioni create, spedite, ricevute o archiviate mediante strumenti elettronici, fra i quali la posta elettronica e il fax. È in questo *Model Law* che trovano attuazione per la prima volta i principi di equivalenza funzionale e di non discriminazione che sono stati poi ripresi *in toto* nella Convenzione di New York del 2005.

⁷ Ai problemi giuridici relativi alla firma elettronica viene data una risposta nel *Model Law on Electronic Signature* del 2001 volto a consentire l'uso delle firme elettroniche, stabilendo criteri per l'equivalenza fra firme elettroniche e firme autografe e creando un sistema di regole certe che faciliti l'utilizzo dei sistemi elettronici di autenticazione. Anche questo *Model Law* è basato sui principi fondamentali della non discriminazione, della neutralità tecnologica e dell'equivalenza funzionale.

⁸ Si tratta dell'ultimo elaborato dell'UNCITRAL, una legge modello che contribuisce allo sviluppo del commercio elettronico attraverso la rimozione degli ostacoli giuridici alla circolazione internazionale dei titoli di credito dematerializzati. Il *Model Law* è il frutto dell'attività del *Working Group on Electronic Commerce* dell'UNCITRAL che, negli ultimi cinque anni, si è focalizzato sulla definizione, sulla regolamentazione e sull'utilizzo di questi particolari dati elettronici finanziari.

⁹ Per maggiori approfondimenti, cfr. G. FINOCCHIARO, *Il ruolo dell'UNCITRAL nello sviluppo della disciplina sul commercio elettronico*, in G. FINOCCHIARO - F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, Utet, 2014, p. 63 ss.

Anche l'Unione europea ha attinto da tali fonti riprendendole in alcuni casi, come ad esempio in occasione della direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico, elaborata sulla base dei principi stabiliti nel *Model Law* dell'UNCITRAL del 1996.

Oltre a quest'ultima, tra le fonti europee di rilievo in ambito di commercio elettronico occorre menzionare altresì la direttiva n. 1999/93/Ce relativa ad un quadro giuridico sulle firme elettroniche (di recente abrogata dal menzionato Regolamento e-IDAS) e le direttive in materia di tutela del consumatore nei contratti a distanza fra cui, da ultimo, la già citata direttiva n. 2011/83/Ue.

Sebbene la dimensione internazionale sia connaturata al commercio elettronico, anche l'ordinamento giuridico italiano si è occupato di tale materia, in primo luogo ovviamente recependo la direttiva n. 2000/31/Ce con il dlgo attuativo 9 aprile 2003, n. 70. Tra le fonti nazionali va poi annoverato il dlgo n. 82 del 7 marzo 2005 «Codice dell'Amministrazione digitale», con cui il legislatore italiano ha coordinato la normativa italiana in tema di firme elettroniche e sistemi di identificazione e che, proprio recentemente, è tornato all'esame del Parlamento in vista dell'adeguamento al Regolamento e-IDAS¹⁰.

Infine, ovviamente, se si tratta di contratto, come nel caso del commercio elettronico, la fonte per eccellenza è sempre il Codice civile.

3. L'impatto del digitale sui requisiti del contratto

Vertendo questo lavoro sul tema del contratto *on line*, occorre innanzitutto valutare se e in che modo il digitale abbia influito sulla disciplina dei contratti.

Certamente anche nel contratto telematico devono rinvenirsi i requisiti essenziali del contratto previsti dall'art. 1325 c.c., ossia l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma.

Sebbene i tratti salienti della fattispecie rimangano quelli civilisticamente noti, si rende necessario un coordinamento tra la disciplina codicistica e un contratto che appare «senza spazio e senza tempo»¹¹.

¹⁰ Si fa riferimento al recente decreto correttivo del CAD («Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, recante "Modifiche e integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82"»), approvato l'8 settembre 2017 dal Consiglio dei Ministri in sede di esame preliminare ed ora al vaglio del Parlamento, divenuto ora il dlgo n. 217 del 13 dicembre 2017, in *Guri* n. 9 del 12 gennaio 2018).

¹¹ Cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 1998, pp. 347-364.

3.1 L'accordo tra le parti nel contratto digitale

Con riferimento all'elemento essenziale dell'accordo, occorre tenere necessariamente in considerazione la distanza fisica tra i contraenti: le regole generali di formazione dell'accordo devono adattarsi alla realtà degli scambi telematici, in cui i contraenti non sono di norma compresenti e si avvalgono di strumenti informatici per manifestare le proprie volontà. Nell'ordinario contratto di commercio elettronico risulta quasi sempre assente il dialogo tra i contraenti, così come ogni forma di trattativa, atteso che la proposta contrattuale *on line* viene per lo più formulata mediante condizioni generali di contratto a cui saranno quindi applicabili gli artt. 1341 e 1342 c.c.

La rete internet, inoltre, rende in particolar modo agevole celare, se non addirittura falsare, la propria identità¹². Per ovviare al problema dell'identificazione certa dei contraenti e per sopperire alle problematiche derivanti dalla virtualità dei rapporti, sono stati introdotti nuovi e molteplici obblighi informativi. Taluni obblighi hanno ad oggetto la fornitura di una serie di informazioni circa l'identità dei contraenti; altri invece concernono le modalità di conclusione del contratto; altri ancora impongono di informare l'utente circa i mezzi di tutela successivi al perfezionamento del contratto. Questo ampio novero di informazioni obbligatorie produce l'effetto di infondere negli utenti fiducia e certezza negli scambi telematici, nei confronti dei quali invece sono spesso diffidenti.

A tal proposito occorre considerare la già citata direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»). Con tale testo normativo, il legislatore europeo ha previsto che il fornitore di un servizio della società dell'informazione¹³ abbia l'obbligo di indicare una serie di informazioni: si tratta di informazioni generali volte a consentire l'esatta identificazione del fornitore¹⁴, a individuare la

¹² Esemplificativa di tale problematica è una famosissima vignetta, risalente all'inizio degli anni Novanta e pubblicata nel periodico *The New Yorker*, che raffigurava un cane seduto davanti a un computer con le zampe sulla tastiera e un altro cane che stava ai suoi piedi e lo guardava. Il primo cane diceva al secondo: «Nessuno sa che io sono un cane su Internet».

¹³ Vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Cfr. direttiva (Ue) n. 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, in *Gu-Ue* n. L 241 del 17 settembre 2015, p. 1 ss.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2000/31/Ce, in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 ss., il fornitore (anche detto «prestatore») deve indicare almeno: «a) il nome del prestatore; b) l'indirizzo geografico dove il prestatore è stabilito; c) gli estremi che permettono di contat-

natura del servizio alla stregua di una comunicazione commerciale¹⁵ e, infine, a conferire certezza e trasparenza alle fasi prodromiche e successive alla conclusione del contratto.

Occorre soffermarsi in particolare su queste ultime, ossia sulle informazioni che il prestatore del servizio deve fornire all'utente prima¹⁶ e dopo¹⁷ il perfezionamento del contratto. In tal caso, infatti, l'osservanza di tale obbligo informativo non solo costituisce uno strumento per incrementare la certezza degli scambi telematici, bensì produce effetti sul piano della procedimentalizzazione dell'accordo. In altre parole, affinché l'accordo possa considerarsi valido, occorrerà che vengano espletate le attività informative previste dalla direttiva. In mancanza di queste ultime o qualora le informazioni risultino incomplete, non comprensibili ovvero inaccessibili, l'accordo non potrà dirsi perfezionato. In tale procedimentalizzazione può rinvenirsi un'anticipazione del principio di *accountability*¹⁸, ossia del principio che postula la responsabilizzazione del soggetto e la capacità di attestare la conformità del proprio operato al dettato normativo. Le finalità perseguite dalla procedimentalizzazione che qui ci occupa sono infatti

tare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui, compreso l'indirizzo di posta elettronica; d) qualora il prestatore sia iscritto in un registro del commercio o analogo pubblico registro, il registro presso il quale è iscritto ed il relativo numero di immatricolazione o mezzo equivalente di identificazione contemplato nel detto registro; e) qualora un'attività sia soggetta ad autorizzazione, gli estremi della competente autorità di controllo; f) per quanto riguarda le professioni regolamentate: l'ordine professionale o istituzione analoga presso cui il fornitore sia iscritto, il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato, un riferimento alle norme professionali vigenti nello Stato membro di stabilimento, nonché le modalità di accesso alle medesime; g) se il prestatore esercita un'attività soggetta ad IVA, il numero di identificazione».

¹⁵ L'art. 6 della direttiva n. 2000/31/Ce prevede che, qualora il servizio della società dell'informazione integri una comunicazione commerciale, il fornitore dovrà indicare inequivocabilmente: *a.* che si tratta di comunicazione commerciale; *b.* la persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata; *c.* che si tratta di offerte promozionali, come ribassi, premi od omaggi; *d.* che si tratta di concorsi o giochi promozionali. Negli ultimi due casi, è previsto che le condizioni di partecipazione debbano essere facilmente accessibili e presentate in modo chiaro ed inequivocabile.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 10 della direttiva n. 2000/31/Ce, prima dell'inoltro dell'ordine da parte dell'utente, il fornitore del servizio deve indicare almeno le informazioni relative alle varie fasi tecniche della conclusione del contratto, all'archiviazione e all'accessibilità del contratto, ai mezzi tecnici di correzione dei dati cui poter ricorrere prima di inoltrare l'ordine, alle lingue a disposizione per concludere il contratto e all'eventuale adesione a codici di condotta.

¹⁷ L'art. 11 della direttiva n. 2000/31/Ce fa invece riferimento alle informazioni che il prestatore del servizio è tenuto a fornire circa l'avvenuta conclusione del contratto («il prestatore deve accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica»).

¹⁸ Oggi il principio di *accountability* ha trovato esplicito riconoscimento nel nuovo Regolamento europeo per la protezione dei dati personali (il già citato Regolamento (Ue) n. 2016/679, in *Gu-Ue* n. L 119 del 4 maggio 2016, p. 1 ss.) che prevede espressamente che il titolare del trattamento debba rispettare le norme e i principi imposti dal Regolamento e che sia in grado di comprovarlo (art. 5, 2° comma).

quelle di fornire la prova tanto dell'osservanza della legge (e, in particolare, degli obblighi informativi), quanto del rispetto del criterio generale di buona fede. Qualora emerga una difformità rispetto alle fasi in cui si articola la formazione dell'accordo *on line*, le conseguenze potrebbero rilevare non solo sul piano delle sanzioni amministrative¹⁹, ma anche in termini di validità dell'accordo e di risarcimento del danno per violazione del principio di buona fede.

Come accennato, l'accordo potrebbe ritenersi viziato anche qualora, pur adempiendo agli obblighi informativi, il fornitore non rispetti le specifiche modalità con cui tali informazioni devono essere fornite. Ai fini della piena conformità alla direttiva, il prestatore deve infatti garantire che le informazioni siano fornite in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile e che siano accessibili in modo diretto e permanente. In particolare, le clausole e le condizioni generali del contratto devono essere messe a disposizione dell'utente in un modo che gli permetta di memorizzarle e riprodurle²⁰.

Alla luce di quanto esposto, emerge il duplice obiettivo conseguito dal legislatore con l'introduzione degli obblighi informativi descritti. Da un lato, viene delineata una procedura volta a responsabilizzare il fornitore di servizi *on line*: l'obbligo informativo, oltre a soddisfare esigenze di certezza dei negozi telematici, realizza infatti uno strumento di misurazione della conformità alla legge dell'operato del fornitore. Dall'altro lato, si ottiene di superare il *gap* informativo e tecnologico tra contraenti, dunque quell'asimmetria informativa e tecnologica che caratterizza in particolar modo i rapporti tra consumatore e professionista.

3.2 La forma del contratto digitale

Un altro elemento essenziale del contratto che subisce l'impatto del digitale è sicuramente la forma che, al pari dell'accordo, è dematerializzata.

Per la trattazione di tale tema, occorre prender le mosse dal principio generale della libertà delle forme in base al quale il contratto può essere concluso in qualunque forma, purché non sia previsto diversamente dalla

¹⁹ La direttiva n. 2000/31/Ce lascia agli Stati membri la determinazione delle sanzioni per la violazione delle norme nazionali di attuazione della direttiva. Il dlgs n. 70 del 9 aprile 2003, attuativo della direttiva prevede infatti che la violazione delle disposizioni relative agli obblighi informativi sia punita con il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da 103 euro a 10.000 euro (art. 21).

²⁰ I termini e le condizioni generali del contratto potrebbero, ad esempio, essere inviati via *e-mail* all'indirizzo fornito dall'utente. Tale prassi sarebbe idonea a garantire che l'utente possa consultare il testo negoziale in qualsiasi momento, anche successivamente alla conclusione del contratto.

legge. Tale principio, che caratterizza i rapporti commerciali fin dal Medioevo e che è ribadito nell'attuale *lex mercatoria*²¹, è stato interpretato alla luce del nuovo contesto virtuale ed è stato così ripreso nell'elaborazione di un analogo principio, quello di *non discrimination*²². Com'è noto, secondo il principio di non discriminazione, ad un documento non può essere negato valore giuridico per il solo fatto che è in forma elettronica. Ad oggi, forma analogica ed elettronica sono equiparate. Carta e *byte* possono costituire indistintamente la materia di un qualsiasi documento.

Vi sono tuttavia, come è noto, degli atti che richiedono espressamente la forma scritta *ad substantiam*, ossia ai fini della validità stessa dell'atto²³. È in tal caso che emergono le criticità in relazione al contratto concluso *on line* per la cui validità è necessario trovare un equivalente alla forma scritta. Questo obiettivo è stato conseguito con l'individuazione di specifiche modalità di firma informatica. È la firma (dematerializzata) ad integrare la forma scritta del contratto, o meglio, è la modalità tecnica (virtuale) che il contraente impiega per sottoscrivere il contratto *on line* a rendere quest'ultimo idoneo a soddisfare la forma scritta.

La firma che permette di conseguire tale risultato è costituita in realtà da quattro tipologie di firme elettroniche: la firma elettronica semplice, la firma elettronica avanzata, la firma elettronica qualificata e la firma digitale²⁴. Queste, sebbene assimilate alla sottoscrizione autografa dall'impiego del termine comune «firma», non costituiscono una firma vera e propria intesa come risultato di un gesto umano²⁵. Le firme elettroniche si basano

²¹ Entro la nozione di *lex mercatoria* possono essere ricondotti principi generali, clausole *standard* e modelli contrattuali applicabili alle relazioni commerciali internazionali e che gli operatori economici hanno poi sviluppato su base consuetudinaria. Si tratta dunque di un complesso di regole di origine extra-statuale, applicabili alle relazioni tra privati e di natura consuetudinaria. Così F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1993.

²² Il principio di *non discrimination*, che assicura la parità di trattamento giuridico tra supporto cartaceo e mezzo elettronico, viene espressamente riconosciuto nel *Model Law on Electronic Commerce* del 12 giugno 1996, testo redatto dall'UNCITRAL per consentire ed agevolare il commercio effettuato con mezzi elettronici. Tale principio è indefettibile per ogni materia che contempli l'utilizzo di mezzi elettronici, telematici o digitali. Recentemente il principio di non discriminazione ha ricevuto nuovo ed esplicito riconoscimento nel menzionato Regolamento e-IDAS ove, all'art. 25, è stata sancita la parità di trattamento giuridico tra la firma elettronica e la firma autografa. Così recita «A una firma elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti per firme elettroniche qualificate».

²³ Nei casi, ad esempio, di contratti formali di cui all'art. 1350 c.c.

²⁴ La disciplina delle firme elettroniche è racchiusa nel dlgs n. 82 del 7 marzo 2005, «Codice dell'Amministrazione digitale» (nel prosieguo: «CAD») e ora anche nel citato Regolamento e-IDAS a cui il CAD rinvia espressamente (cfr. art. 1, comma *1bis*, del CAD).

²⁵ Cfr. G. FINOCCHIARO, *La metafora e il diritto nella normativa sulla cosiddetta "firma grafometrica"*, in *Dir. Inf.*, I, 2013, p. 2. Per ulteriori approfondimenti sulle firme, ID., *Firme*

infatti sulla tecnica e sono il risultato di una procedura tecnologica. Esse costituiscono un insieme di dati e si distinguono tra loro per un diverso grado di affidabilità e di sicurezza.

La firma elettronica semplice è la tipologia di firma più variabile, nel senso che né caratteristiche tecniche né livello di sicurezza sono predefiniti²⁶ essendo essa costituita da «dati in forma elettronica, acclusi oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici e utilizzati dal firmatario per firmare»²⁷. La firma elettronica può dunque basarsi su metodi di autenticazione diversi fra loro, da codici di identificazione personale, a *password* fino a tecniche biometriche. In generale, i metodi di autenticazione utilizzati per le firme elettroniche possono classificarsi in tre categorie: *something you know*, *something you are*, *something you have*, a seconda che il meccanismo si basi sulle conoscenze dell'utente (ad esempio, la conoscenza di una parola chiave), sulle caratteristiche fisiche dell'utente (ad esempio, l'impronta digitale) o sul possesso di un oggetto da parte dell'utente (ad esempio, una *smart card* o un *token*).

La firma elettronica avanzata invece, pur rimanendo tecnologicamente neutra, denota alcune caratteristiche di sicurezza in più. Questa tipologia di firma infatti è «connessa unicamente al firmatario; è idonea a identificare il firmatario; è creata mediante dati per la creazione di una firma elettronica che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo; ed è collegata ai dati sottoscritti in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di tali dati»²⁸. Un esempio di firma elettronica avanzata è la firma grafometrica o firma su *tablet*, ormai invalsa nel settore bancario per la sottoscrizione di atti e contratti.

Infine, la firma elettronica qualificata e la firma digitale: mentre la prima si differenzia dalla firma elettronica avanzata per il fatto che l'associazione

elettroniche e firma digitale, in G. FINOCCHIARO - F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, Utet, 2014, pp. 309 ss.; ID., *Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici*, Milano, Giuffrè, 2003.

²⁶ Analogamente al principio di non discriminazione, anche il principio di neutralità tecnologica costituisce la struttura portante del moderno diritto del commercio elettronico. Anch'esso contenuto nel *Model Law on Electronic Commerce* dell'UNICTRAL, tale principio prevede che il diritto debba essere neutro rispetto alla tecnologia, non scegliendo la soluzione tecnica che consente di implementare i principi giuridici affermati. Tale approccio permette di evitare che le norme debbano essere aggiornate per inseguire il progresso tecnologico; tuttavia, le disposizioni elaborate alla luce di tale principio peccano di determinatezza, dal momento che si limitano a descrivere la funzione (il "come") e non l'oggetto (il "cosa").

²⁷ Così l'art. 3, n. 10 del Regolamento e-IDAS.

²⁸ Art. 26 del Regolamento e-IDAS. La definizione di firma elettronica avanzata di cui all'art. 3, n. 11, rinvia infatti alla menzionata disposizione per la descrizione dei requisiti che, se soddisfatti, integrano una firma elettronica avanzata.

al firmatario avviene attraverso un certificato qualificato²⁹, la firma digitale si basa su un sistema di crittografia a chiave asimmetrica³⁰. Entrambe sono pertanto caratterizzate da un livello di sicurezza predeterminato e da una tecnologia predefinita, a differenza delle prime due tipologie di firma.

A prescindere dal diverso grado di sicurezza, tutte le firme, salvo la firma elettronica semplice, hanno sostanzialmente il medesimo valore giuridico della sottoscrizione autografa e conferiscono al documento informatico il medesimo valore giuridico della scrittura privata³¹. Il valore giuridico della firma elettronica semplice invece è rimesso alla valutazione, caso per caso, del giudice che ne esaminerà le caratteristiche oggettive in concreto sulla base dei criteri di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità³².

Sono dunque le caratteristiche tecnologiche degli strumenti utilizzati e le caratteristiche organizzative del processo adottato a determinare l'efficacia probatoria del documento informatico così creato. La scelta di una tipologia di firma, piuttosto che di un'altra, dipenderà da diversi fattori, come i costi, l'usabilità, la tecnologia a disposizione, le esigenze di sicurezza nel caso specifico e così via.

In conclusione, il legislatore ha creato non solo uno, bensì quattro equivalenti digitali della sottoscrizione³³, i quali possono risultare idonei

²⁹ Ai sensi dell'art. 3, n. 12 del Regolamento e-IDAS, la firma elettronica qualificata è una «firma elettronica avanzata creata da un dispositivo per la creazione di una firma elettronica qualificata e basata su un certificato qualificato per firme elettroniche».

³⁰ Il Regolamento e-IDAS non reca la definizione di firma digitale, che è invece contenuta nel CAD, all'art. 1, 1° comma, lett. s.: «un particolare tipo di firma qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici».

³¹ È il CAD, ai sensi dell'art. 21, 2° comma, a prevedere espressamente che «il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20, comma 3, ha altresì l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile». La disposizione prosegue al 3° comma specificando ulteriormente che «le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale. Gli atti di cui all'articolo 1350, numero 13), del codice civile redatti su documento informatico o formati attraverso procedimenti informatici sono sottoscritti, a pena di nullità, con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale».

³² Art. 21, 1° comma CAD: «il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, soddisfa il requisito della forma scritta e sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità».

³³ Non può omettersi un riferimento alla già menzionata bozza di decreto correttivo del CAD («Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, recante "Modifiche e integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82"»). Dalla bozza emerge che, ai sistemi appena descritti, si aggiunge un nuovo processo di firma consistente nella formazione del documento «previa identificazione del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'art. 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, inte-

(pur con diversi gradi di sicurezza e un diverso valore probatorio) a soddisfare il requisito della forma scritta.

3.2.1 La modalità di adesione c.d. *point&click*

Non tutti i contratti *on line*, tuttavia, vengono perfezionati con la firma elettronica avanzata, qualificata o digitale. Su internet frequentemente (e specialmente ove non sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*) il consenso alla conclusione del contratto si manifesta solo con un *click*. La c.d. modalità di adesione *point&click* ha originato un intenso dibattito dottrinale e solo in parte giurisprudenziale, con riguardo al valore giuridico e probatorio del *click*³⁴. Fatta salva la validità del contratto concluso mediante il meccanismo del *point&click* di cui viene sancita l' idoneità a manifestare la volontà delle parti in virtù del principio della libertà delle forme, ci si è a lungo domandato se tale tecnica possa essere efficacemente impiegata anche per la specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 1341, 2° comma c.c.

Sul punto sono intervenute scarse pronunce giurisprudenziali. In primo luogo rileva la pronuncia del Giudice di pace di Partanna del 1° febbraio 2002, n. 15³⁵ con cui viene stabilita la necessità di un doppio assenso, quindi di un doppio *click*: uno per esprimere il consenso negoziale e, dunque, l'adesione al regolamento contrattuale, l'altro per approvare in modo specifico e separato le clausole vessatorie. Il Giudice di Partanna pertanto ha riconosciuto l' idoneità del *point&click* tanto ai fini del perfezionamento del contratto, quanto dell'approvazione specifica delle clausole vessatorie, purché tale consenso sia espresso in maniera distinta e separata attraverso un doppio *click* di accettazione.

Anche il Tribunale di Catanzaro con l'ordinanza del 30 aprile 2012, n.

grità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore». Pare trattarsi di un nuovo processo di firma elettronica avanzata che sarà probabilmente integrato da SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale), ossia il sistema di autenticazione elettronica di cittadini ed imprese disciplinato dallo stesso CAD.

³⁴ In tal senso, F. DELFINI, *Commento all'art. 13 del D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 sul commercio elettronico*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, III ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 1263; A. GEMMA, *L'accordo telematico*, in R. CLARIZIA (a cura di), *I contratti informatici*, Torino, Utet, 2007, pp. 253 ss.; E. TOSI, *Procedimenti formativi e forme del contratto virtuale*, in G. FINOCCHIARO - C. ROSSELLO - E. TOSI, *Commercio elettronico*, cit. supra, nota 2, p. 160; G. CASSANO, *Diritto dell'Internet. Il sistema di tutele della persona*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 295 ss.

³⁵ In *Contratti*, 2002, n. 10, p. 869 con nota di G. CASSANO - I. P. CIMINO. Nel caso di specie, il giudice era stato chiamato a decidere in via pregiudiziale su un'eccezione di incompetenza territoriale, sollevata dalla parte resistente e fondata su una clausola di deroga alla competenza territoriale contenuta nel contratto di compravendita concluso *on line* che demandava al Tribunale di Monza la risoluzione di ogni controversia inerente detto negozio.

18³⁶ torna ad affermare l' idoneità del *point&click* ai fini del perfezionamento del contratto, sostenendo che la specifica approvazione delle clausole vessatorie richieda un *click* distinto. Il Tribunale dunque conferma l'orientamento espresso in precedenza, senza nulla innovare rispetto a quanto stabilito dal Giudice di Partanna. Relativamente all'affermazione che per l'approvazione delle clausole vessatorie sia necessaria la firma digitale, che rende la sentenza molto citata, occorre tuttavia considerare, da un lato, che si tratta di un *obiter dictum* e, dall'altro, che il termine «firma digitale» è impiegato in modo improprio e atecnico, senza pertanto che il Tribunale sembri voler prendere posizione in ordine alla tipologia di firma elettronica necessaria per l'approvazione delle clausole vessatorie.

Da ultimo, occorre considerare una recente pronuncia della Corte di giustizia europea³⁷ in materia. Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici europei concerneva le condizioni generali di vendita di una transazione effettuata *on line* contenenti una clausola attributiva di competenza che, a parere del ricorrente, non era stata validamente inserita nel contratto poiché priva della forma scritta richiesta dal Regolamento Bruxelles I per tale tipologia di clausola³⁸. In tale occasione, la Corte ha affermato l' idoneità del *point&click* a soddisfare il requisito della specifica sottoscrizione della clausola attributiva di competenza, a condizione che sia data al contraente la possibilità di registrare durevolmente e, quindi, conservare nel tempo la convenzione attributiva di competenza. La *ratio* sottesa a tale pronuncia è evidente: l'obiettivo è quello di equiparare determinate forme di comunicazione elettronica alla forma per iscritto, in vista di semplificare la conclusione dei contratti con mezzi elettronici. Affinché la comunicazione elettronica possa offrire le stesse garanzie, in particolare in materia di prova, è sufficiente – secondo la Corte europea – che sia «possibile» salvare e stampare le informazioni prima della conclusione del contratto, a prescindere dal fatto che il contraente provveda effettivamente alla conservazione del contratto. Ciò significa che il documento contrattuale firmato con il

³⁶ In *Resp. civ. e prev.*, VI, 2013, p. 2020, con nota di F. DE LEO. Il caso in oggetto riguardava la richiesta di riattivazione dell'*account* professionale eBay di una azienda operante esclusivamente nel commercio elettronico, a seguito della sospensione a tempo indeterminato dello stesso da parte del gestore della piattaforma virtuale. eBay, tuttavia, rigettava tale richiesta ritenendo di aver legittimamente esercitato il proprio potere di recesso riconosciutogli da apposita clausola contenuta nel contratto sottoscritto dall'azienda.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 21 maggio 2015 in causa n. C-322/14, *Jaouad El Majdoub c. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2015, EU:C:2015:334.

³⁸ L'art. 23, 1° comma, lett. a., del Regolamento (Ce) 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale («Regolamento Bruxelles I») prevede che la clausola attributiva di competenza debba essere conclusa «a) per iscritto o oralmente con conferma scritta».

click viene considerato idoneo a raccogliere e a conservare nel tempo la memoria del consenso manifestato in questo modo del tutto particolare.

Tale pronuncia appare condivisibile e quindi il *point&click* può essere considerato idoneo ai fini dell'approvazione delle clausole vessatorie, ove il contraente proceda previamente alla propria identificazione: tale attività, da un lato, consentirebbe l'accertamento dell'identità del contraente e l'inequivocabile attribuzione del consenso negoziale alla sua persona; dall'altro, a seguito di specifica azione dell'utente, conseguirebbe l'obiettivo di conservazione del documento nell'*account* del soggetto. Tale conservazione appare altresì rilevante se solo si pensa alla conseguente possibilità di produrre eventualmente il documento in giudizio, ad esempio al fine di provare l'identità del soggetto che ha concluso il contratto ovvero il fatto che ha manifestato il proprio consenso o, ancora, che l'ha manifestato in un determinato momento temporale.

A queste condizioni il *point&click* potrebbe essere idoneo a rispondere a quelle esigenze di adeguata ponderazione, certezza della volontà del contraente e forma scritta dell'approvazione, richieste, anche nel mondo analogico, in relazione alle clausole vessatorie di un contratto.

4. L'impatto del digitale sul consumatore

L'adeguamento della norma codicistica al contesto virtuale va considerato anche alla luce delle esigenze di tutela del consumatore, il quale può risultare penalizzato nell'ambiente digitale a causa di un persistente *gap* tecnologico che lo pone nella posizione di soggetto debole rispetto al professionista.

Nel contesto della contrattazione *business to consumer*, il legislatore ha tentato dunque di rafforzare la tutela del consumatore attraverso una regolamentazione specifica, la direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori. In tale direttiva possono rintracciarsi rilevanti disposizioni normative volte, in primo luogo, a rafforzare gli obblighi informativi a carico del professionista nell'ambito delle contrattazioni a distanza con i consumatori. Tali garanzie quindi si aggiungono a quelle previste dalla menzionata direttiva n. 2000/31/CE e sono finalizzate a fornire al consumatore un complesso di informazioni prima che sia vincolato ad un contratto o ad un'offerta a distanza³⁹.

Tra queste, in particolare, rilevano le informazioni relative alla sussistenza e alle condizioni, termini e procedure di esercizio del diritto di recesso a favore del consumatore. Nella menzionata direttiva, infatti, il drit-

³⁹ Cfr. art. 6 della direttiva n. 2011/83/UE.

to di recesso diventa oggetto di procedimentalizzazione tanto da occupare una parte considerevole del dettato normativo, precisamente gli articoli da 9 a 16 della direttiva. Estensione del termine accordato per recedere, possibilità di esercizio del recesso attraverso un modulo standard, applicabilità del recesso alle aste *on line*: sono solo alcune forme con cui la tutela accordata dal diritto di recesso viene estesa e rafforzata nell'ottica della conclusione di contratti a distanza e, quindi, dei contratti *on line*.

In aggiunta a tali strumenti di tutela, la direttiva specifica poi una serie di garanzie volte a compensare lo squilibrio contrattuale e il *gap* informativo tra consumatore e professionista, fissando ad esempio precisi requisiti formali per i contratti a distanza, condizioni di consegna dei beni, tutele relative ad eventuali pagamenti supplementari⁴⁰ e così via.

Infine, con riferimento alla specifica tutela del consumatore giova fare riferimento a due recenti proposte di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio: quella relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e quella relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita *on line* e di altri tipi di vendita a distanza di beni⁴¹. Presentate entrambe il 9 dicembre 2015, le proposte sono ormai giunte alle fasi conclusive dell'*iter* legislativo che vede Parlamento europeo e Consiglio in posizione co-decisionale. La prima proposta porterà ad un'estensione della tutela dei consumatori anche ai «beni digitali», includendo i casi in cui i consumatori non pagano un corrispettivo in denaro; mentre la seconda tenderà di armonizzare le normative applicabili alla vendita *on line* e agli altri tipi di vendita a distanza di beni, comprese le vendite per telefono e quelle per corrispondenza.

Tali testi rappresentano quindi due importanti testi normativi che andranno a completare il quadro europeo della tutela del consumatore *on line* e vanno considerati come un pacchetto avente obiettivi comuni, tra cui quello, in particolare, di rimuovere i principali ostacoli al commercio elettronico transfrontaliero nell'Unione europea.

Giusella Finocchiaro*

⁴⁰ Si vedano rispettivamente gli artt. 8, 18 e 22 della menzionata direttiva n. 2011/83/UE relativa ai diritti dei consumatori.

⁴¹ Il riferimento è, rispettivamente, alla Proposta Com(2015)634 del 9 dicembre 2015, disponibile *on line* al *link* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52015PC0634&qid=1509006680157>, e alla Proposta Com(2015) 635 del 9 dicembre 2015 disponibile *on line* al *link* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1509006694646&uri=CELEX:52015PC0635>.

* Professore ordinario di Diritto di Internet e Diritto privato / Università di Bologna; avvocato / Foro di Bologna

Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Bologna, 14-17 settembre 2017

SINTESI

La digitalizzazione investe la disciplina dei contratti e con essa, in particolare, i requisiti del contratto dettati dal Codice civile, che vanno oggi declinati nella dimensione virtuale di internet.

L'accordo tra le parti e la forma del contratto, ad esempio, si devono adeguare all'ambiente digitale ove viene calato il contratto: relativamente all'accordo, occorrerà adempiere a specifici obblighi informativi al fine di colmare la distanza fisica dei contraenti e soddisfare esigenze di certezza; il requisito della forma, invece, può considerarsi integrato nel contratto digitale attraverso l'impiego della firma elettronica. Infine, il perfezionamento del contratto *on line* ha ripercussioni anche su temi connessi a quello prettamente civilistico, come ad esempio l'identificazione elettronica, la protezione dei dati personali e la tutela del consumatore, i quali subiscono parimenti l'influenza della digitalizzazione.

ABSTRACT

Digitalisation impacts the regulation of contracts, particularly the requirements of contracts laid down in the Civil Code, which today need to be articulated in the virtual environment of the Internet. For example, the agreement between the parties and the form of the contract need to adapt to the digital environment in which the contract is concluded. With regard to the agreement, specific information obligations will need to be complied with in order to bridge the physical gap between the contracting parties and to satisfy the need for them to be guaranteed certainty, while the requirement for the form of on line contracts can be considered to be satisfied by the use of electronic signatures.

Finally, the conclusion of contracts on line also has an impact on other issues related to civil law, such as, for example, electronic identification, as well as the protection of personal data and the consumer, which are equally influenced by digitalisation.

IL PARADIGMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI INTERMEDIARI DIGITALI NEL CONTESTO DI UNA ECONOMIA DI PIATTAFORME (*PLATFORM ECONOMY*)

Sommario: **1.** *Il paradigma della responsabilità dei prestatori intermediari nel contesto di una economia di piattaforme* - **2.** *Nuove sfide e tendenze: il regime di responsabilità degli intermediari in esame* - **a.** *L'emergere e la rapida proliferazione delle piattaforme nell'economia digitale: sfide per la regolamentazione* - **b.** *L'escalation in numero, gravità e intensità delle situazioni di rischio e il ruolo degli intermediari* - **c.** *La promozione di private ordering e meccanismi volontari di enforcement* - **3.** *Segni di cambiamento? Il dilemma degli intermediari digitali* - **a.** *Una giurisprudenza incerta che si separa dal paradigma di responsabilità* - **b.** *Alcune proposte normative che impongono doveri specifici* - **c.** *La risposta proattiva di piattaforme e di intermediari* - **4.** *Possibili modelli futuri e implicazioni.*

1. Il paradigma della responsabilità dei prestatori intermediari nel contesto di una economia di piattaforme

Gli intermediari digitali svolgono un ruolo fondamentale nella nostra società digitale. Le transazioni commerciali, le attività economiche, l'interazione sociale, gli spazi educativi e culturali e altre dimensioni variabili dell'economia digitale sono ampiamente facilitate, abilitate e incoraggiate dagli intermediari. Essenzialmente, gli intermediari digitali – i prestatori di servizi intermediari della società dell'informazione secondo la *direttiva sul commercio elettronico*¹ – sono i principali facilitatori delle attività digitali

¹ Direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (*Direttiva sul commercio elettronico*), in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1. L'art. 2, lett. *a.* e *b.*, definisce i «servizi della società dell'informazione» e il «prestatore», mentre gli artt. 12-15 delimitano il regime particolare di responsabilità per i prestatori intermediari.

poiché forniscono accessibilità e visibilità a contenuti digitali, dati e informazioni, e generano fiducia migliorando l'affidabilità delle interazioni digitali. Gli intermediari digitali costituiscono la spina dorsale della vita digitale.

Il ruolo cruciale degli intermediari digitali per garantire il funzionamento del mercato digitale è stato chiaramente e immediatamente percepito dalle autorità nazionali e regionali, in particolare dai legislatori degli Stati Uniti d'America e dell'Unione europea. Infatti, la necessità di assicurare un corretto ed efficace svolgimento delle attività di intermediazione è diventata ben presto una preoccupazione di politica legislativa. A tal fine, è necessario esaminare i rischi e i vantaggi degli intermediari e della loro attività. Gli intermediari sono una componente essenziale della macchina digitale, sebbene spesso amplifichino, espandano, aggravino e rendano "virale" molti dei contenuti messi in rete. Perciò, la formulazione di norme di esenzione della responsabilità degli intermediari (disposizioni di «*safe harbor*» nella terminologia statunitense) è stata la più diffusa risposta normativa per pianificare tale politica. In effetti, le disposizioni relative al «*safe harbor*» (approdo sicuro) per i fornitori di servizi di intermediazione elettronica rappresentano una politica comune chiave nella regolamentazione mondiale di internet². Sebbene ci sia disparità di ambito, condizioni applicabili ed effetti, le norme sulla responsabilità degli intermediari sono state ampiamente incorporate nella maggior parte delle giurisdizioni. Ispirate alla precedente normativa americana, (in sostanza, la sezione 512 della *Digital Millennium Copyright Act*³), le esenzioni da responsabilità di intermediazione sono state l'asse centrale del commercio elettronico e del quadro giuridico dei servizi della società dell'informazione in Europa sin dall'inizio (artt. 12-15 della direttiva sul commercio elettronico).

Finora è stato assunto comune che il paradigma della (non-) responsabilità degli intermediari digitali ha accelerato l'espansione e il consolidamento della scena digitale.

Fondamentalmente, per definire l'ambito di applicazione, il regime di responsabilità degli intermediari si basa su due principi chiave e sul concetto legale di prestatori di servizi intermediari. Innanzitutto, il divieto di

² *The World Intermediary Liability Map (WILMap)*, <http://cyberlaw.stanford.edu/our-work/projects/world-intermediary-liability-map-wilmap>, illustra e fornisce informazioni dettagliate sulla risposta normativa globale alla responsabilità dell'intermediario digitale. È un progetto progettato e sviluppato da *Giancarlo Frosio* e ospitato presso la Stanford CIS.

³ *Digital Millennium Copyright Act* del 1998, 17 USC § 512 (Stati Uniti d'America) (di seguito DMCA).

imporre ai prestatori intermediari un obbligo generale di sorveglianza⁴. Secondo, un sistema di *knowledge and take-down*⁵. Entrambi i principi costituiscono i pilastri di un sistema di responsabilità basato sulla negligenza. Di conseguenza, i prestatori di servizi intermediari protetti dalle disposizioni di «*safe harbor*» sono esenti da qualsiasi obbligo generale di monitorare o filtrare in modo proattivo le informazioni che trasmettono oppure il contenuto archiviato, copiato o ricercato o di ricercare attivamente fatti, indizi o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Pertanto, in assenza di doveri generali di sorveglianza, i prestatori intermediari devono agire solo dopo aver acquisito conoscenza o consapevolezza delle informazioni o attività illegali; quindi, devono procedere rapidamente per rimuovere o disabilitare l'accesso a quel contenuto o servizio. La conoscenza è essenzialmente ottenuta dai meccanismi di notifica implementati dai fornitori di servizi per consentire agli utenti di segnalare o denunciare contenuti illeciti, attività illecite o qualsiasi altro materiale illegale.

Pertanto, i prestatori di servizi di intermediazione non hanno alcun obbligo di sorveglianza generale e proattiva su qualsiasi contenuto trasmesso, memorizzato, copiato o ricercato e sono chiamati ad agire soltanto quando, e nella misura in cui, hanno conoscenza o consapevolezza della illegalità della informazione oppure della attività.

⁴ Art. 15 della direttiva sul commercio elettronico - Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza: «Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. (...)».

⁵ Particolarmente disegnato per l'attività di «*caching*» e di «*hosting*» in accordo con gli artt. 13 e 14 della direttiva.

Art. 13 della direttiva sul commercio elettronico - «Memorizzazione temporanea detta "caching"» - 1. «Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli: (...) e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso. (...)».

Art. 14 della direttiva sul commercio elettronico - «Hosting» - 1. «Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. (...)».

Sulla base dei due principi chiave sopra descritti (nessun dovere di monitoraggio e obblighi di rimozione basati sulla conoscenza), il regime di responsabilità degli intermediari si applica ai prestatori di servizi intermediari, mentre altri prestatori di contenuti e di servizi sono soggetti alle regole generali della responsabilità. L'ipotesi sottostante è quindi che i prestatori di servizi intermediari non controllino né siano effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita.

Dal punto di vista giuridico i prestatori intermediari svolgono un ruolo passivo, tecnico e puramente strumentale. Paradigmaticamente, forniscono accesso, trasmissione, memorizzazione automatica, intermedia e temporanea, *hosting* o servizi di ricerca.

Tuttavia, dopo quasi due decenni di evoluzione, la scena digitale è cambiata notevolmente. Di conseguenza, il paradigma della responsabilità degli intermediari è mutato e la questione della responsabilità dell'intermediario è stata messa in discussione. La confluenza di diverse tendenze ha accelerato il dibattito sulla necessità di cambiare il sistema di responsabilità degli intermediari.

In primo luogo, la trasformazione dell'economia digitale in una economia di piattaforme⁶ (*Platform Economy*) ha sollevato la questione del concetto giuridico di prestatori intermediari e, quindi, la delimitazione del campo di applicazione delle disposizioni di «*safe harbor*».

In secondo luogo, alcune proposte normative in corso (particolarmente, nell'ambito della strategia UE per il mercato unico digitale) e le decisioni giudiziarie emesse da diverse giurisdizioni sembrano tendere ad aumentare gli obblighi di monitoraggio e filtraggio proattivo e aprire la strada a una progressiva erosione del principio del "nessun obbligo di monitoraggio".

In terzo luogo, gli intermediari svolgono un ruolo centrale per la prevenzione, la protezione civile dei diritti e l'*enforcement* volontario nel quadro di una strategia normativa che visibilmente promuove il *private ordering*. Sorprendentemente, le funzioni di prevenzione, controllo ed *enforcement* vengono sistematicamente trasferite e assegnate agli intermediari. In tale contesto, piattaforme e intermediari hanno implementato meccanismi di monitoraggio e sistemi di filtraggio automatico volontari per contrastare notizie false, messaggi d'incitamento all'odio, violazioni del *copyright*, o contenuti illegali indirizzati ai minori.

⁶ Si rinvia alla previa approfondita analisi tanto legale quanto commerciale delle piattaforme elettroniche (*e-marketplace*) di T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-marketplaces)*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

Queste tendenze rivelano che il paradigma della responsabilità degli intermediari è sottoposto ad una profonda riflessione. Tuttavia, i modelli alternativi non sono ancora ben definiti. Le implicazioni di nuovi modelli per la società digitale, la protezione dei diritti, la neutralità di internet e la salvaguardia della fiducia sono significative.

L'attuale modello di responsabilità comprende un giusto equilibrio tra la libertà di informazione, la tutela dei diritti e la libertà degli intermediari di condurre la propria attività commerciale⁷. Un cambiamento del paradigma della responsabilità metterebbe in discussione questo equilibrio. Pertanto, un dibattito per acquisire il consenso pubblico sul modello della società digitale che desideriamo, una corretta comprensione della tecnologia all'avanguardia e delle sue possibilità future, e tentativi seri di produrre regole armonizzate⁸ sono imperativi.

L'obiettivo di questo contributo è duplice. Innanzitutto, cerca di immergersi nel dibattito globale sulla necessità di un cambiamento di paradigma nella politica di responsabilità che preveda un maggiore coinvolgimento degli intermediari digitali e degli operatori di piattaforme nella prevenzione e nell'*enforcement* cercando di svelare le ragioni e i principali fattori scatenanti del riesame dell'attuale modello e di scorgere i segnali percettibili del cambiamento. In secondo luogo, confronta i possibili modelli normativi risultanti dal cambiamento di paradigma e ne analizza le principali implicazioni per la società digitale. A tal fine, questo lavoro è strutturato come segue. Nel paragrafo 2. vengono individuati ed esposti nuovi orientamenti che esaminano il regime di responsabilità degli intermediari nella sua forma attuale. In tale contesto, il paragrafo 3. individua possibili segnali di cambiamento di paradigma. Infine, nel paragrafo 4., saranno discussi i modelli normativi alternativi e le loro implicazioni.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2012 in causa n. C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, febbraio 2012, ECLI:EU:C:2012:85; conclusioni dell'Avvocato Generale del 22 settembre 2009 in cause riunite da n. C-236/08 a n. C-238/08, *Google France SARL and Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA* (causa n. C-236/08); *Google France SARL c. Viaticum SA and Luteciel SARL* (causa n. C-237/08) and *Google France SARL c. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL e altri* (C-238/08), punto 123, EU:C:2009:569 (sentenza del 23 marzo 2010, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2417, EU:C:2010:159).

⁸ Come è stato già proposto da T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Rules for Electronic Platform: the role of platforms and intermediaries in digital economy. A Case for Harmonization*, UNCITRAL Congress, Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development to celebrate the 50th Annual Session of UNCITRAL, Vienna, 4-6 luglio 2017, reperibile sul sito internet http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/139-RODRIGUEZ-Rules_for_Electronic_Platforms.pdf.

2. Nuove sfide e tendenze: il regime di responsabilità degli intermediari in esame

Il paradigma della responsabilità degli intermediari deve affrontare oggi sfide significative. Mentre l'economia digitale si evolve e la società diventa più digitale, anche lo scenario, i partecipanti e i problemi da affrontare sotto il regime del «*safe harbor*» sono stati trasformati. Queste trasformazioni e le nuove tendenze influiscono sulla base del paradigma stabilito. Viene quindi messa in discussione la stabilità e la solidità del paradigma e la flessibilità delle regole di responsabilità per adattarsi alle nuove circostanze. Si discute inoltre, con maggior interesse, se le regole di responsabilità degli intermediari nella loro forma attuale stanno svolgendo il ruolo ad esse attribuito.

In questa sezione, tre principali sfide e nuovi orientamenti saranno discussi come principali fattori scatenanti del dibattito per ridisegnare il regime di responsabilità degli intermediari. In primo luogo, l'emergere e la rapida proliferazione degli operatori di piattaforme. In secondo luogo, l'*escalation* in numero, gravità e intensità delle situazioni di danno. In terzo luogo, la promozione del *private ordering*⁹ e lo sviluppo di meccanismi volontari per l'adempimento delle norme e l'esecuzione di rimedi per inadempienza (*voluntary enforcement*).

a. *L'emergere e la rapida proliferazione delle piattaforme nell'economia digitale: sfide per la regolamentazione*

Le piattaforme elettroniche sono il modello organizzativo dominante per le attività economiche, i *social network* e le imprese emergenti nella società digitale odierna e hanno trasformato i contesti sociali, politici, pubblici ed educativi. L'emergere e la crescente popolarità di modelli dirompenti (*disruptive models*) – come l'economia basata sulla condivisione (*sharing economy* e piattaforme collaborative), il *crowdfunding* o le varianti *fintech* – non solo sono stati resi possibili, ma sono stati anche fortemente stimolati da soluzioni basate su piattaforme. La crescente presenza di piattaforme nell'economia digitale e l'aumento del loro potere di mercato hanno avuto un effetto dirompente sotto vari aspetti.

⁹ S. L. SCHWARCZ, *Private Ordering*, in *97 Northwestern University Law Review*, 1, 2002, pp. 319-350.

Gli impatti sociali, economici e legali sono già percettibili. Il loro potenziale, nella dimensione sociale ed economica, si può chiaramente osservare nella trasformazione delle relazioni sociali, delle strutture di mercato e dei paradigmi economici indotti da modelli emergenti basati su piattaforme (modelli di economia collaborativa, varianti di *fintech*, *crowdfunding*). Unitamente al notevole impatto sociale ed economico, il modello di piattaforma sta rivelando una forza dirompente di natura legale. La loro capacità di autoregolamentazione legata a un'intensa forza centripeta che accelera la concentrazione, il ruolo cruciale che gli operatori di piattaforme¹⁰ possono svolgere, come *gatekeeper*¹¹, nella prevenzione e nell'*enforcement* civile¹², e la capacità di generare fiducia¹³ delle piattaforme in una società digitale hanno iniziato ad attrarre fortemente l'interesse dei regolatori e dei supervisori.

Mediante consultazioni pubbliche, rapporti speciali e studi svolti dai gruppi di ricerca¹⁴, i primi passi sono stati compiuti a livello dell'Unione europea¹⁵ e in alcune giurisdizioni nazionali¹⁶, per capire l'economia delle

¹⁰ P. K. KANNAN - A.-M. CHANG - A. B. WHISTON, *The Internet Information Market: The Emerging Role of Intermediaries*, in M. J. SHAW - R. W. BLANNING - T. J. STRADER - A. B. WHINSTON (ed.), *Handbook on Electronic Commerce*, Heidelberg, Springer, 2000, pp. 569-590.

¹¹ Per attenuare l'asimmetria informativa, J. C. COFFEE JR., *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 283.

¹² E come strategia per dissuadere l'inadempimento cfr. R. H. KRAAKMAN, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, in 2 *J.L.Econ.&Org.*, n. 1, Spring 1986, pp. 53-104.

¹³ T. FRANKEL, *Trusting and Non-Trusting on the Internet*, in 81 *B. U. L. Rev.* 457, 2001, pp. 457-458.

¹⁴ Particolarmente rilevante è il progetto di *European Law Institute* per l'elaborazione di *Regole modello sulle piattaforme di intermediazione online*. Il Progetto è oggi un progetto di ELI (Modello di regole sulle piattaforme di intermediazione *online*) approvato dal Consiglio ELI il 7 settembre 2016. L'autrice è parte del *team* del progetto. I relatori del progetto sono *Christoph Busch*, Università di Osnabrück; *Gerhard Dannemann*, Humboldt University Berlin; *Hans Schulte-Nölke*, Università di Osnabrück e Nijmegen; *Aneta Wiewiorowska-Domagalska*, Università di Osnabrück; *Fryderyk Zoll*, Università di Cracovia e Osnabrück. C. BUSCH *et al.*, *Research group on the Law of Digital Services. Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, *EuCML*, Issue 4/2016, Volume 5, 12 August 2016, pp. 164-169. Le opinioni espresse in tale documento sono esclusivamente personali dell'autore e non rappresentano necessariamente le opinioni del *team* del progetto.

¹⁵ Consultazioni pubbliche della Commissione europea, ottobre 2015, reperibili sul sito internet <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/comprehensive-assessment-online-platforms>. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*, SWD(2016). 172 final, Com(2016)288 fin. Brussels, 25 maggio 2016.

¹⁶ UK House of Lords, Call for Evidence, reperibile sul sito internet <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/eu-internal-market-subcommittee/news-parliament-2015/online-platforms-inquiry-launch/>. In Francia, Conseil National du Numérique, *La neutralité des plateformes*, reperibile sul sito internet www.cnumérique.fr/plateformes, giugno 2014; in Germania, Monopolkommission, Competition policy, *The challenge*

piattaforme e riadattare le regole del commercio elettronico alle particolarità e alle necessità dei modelli di piattaforme medesime. Infatti, lo studio di un regime di responsabilità ottimale per gli operatori di piattaforme è una preoccupazione politica fondamentale in queste iniziative legislative e pre-legislative. Se gli operatori di piattaforme fungano da intermediari puri, protetti quindi dalle regole di responsabilità («*safe harbor*») o, al contrario, debbano essere sollecitati e incoraggiati all'adozione di misure proattive di sorveglianza è un dilemma che trova terreno particolarmente fertile nella *platform economy* in espansione.

Per quanto riguarda il quadro giuridico per la fornitura di servizi *on line* (della società dell'informazione), gli operatori di piattaforme elettroniche possono essere considerati prestatori di servizi di intermediazione (ISP) in relazione a contenuti, attività e informazioni, pubblicati, trasmessi o eseguiti dai loro utenti. Di conseguenza, il regime di «*safe harbor*», già descritto¹⁷, sarebbe applicabile per delimitare la loro responsabilità. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha confermato tale affermazione a condizione però che l'operatore non svolga un ruolo attivo. Pertanto, sebbene la Corte confermi espressamente nella sentenza del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09, *L'Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri*, che un operatore di aste *on line* come *eBay* deve essere considerato un prestatore intermediario, aggiunge invece una condizione aggiuntiva: la mancanza di un ruolo attivo¹⁸. Insomma, un operatore di una piattaforma può perdere la protezione del regime di responsabilità degli intermediari non

of digital markets, Special Report No. 68, *Special Report by the Monopolies Commission pursuant to section 44(1)(4) of the Act Against Restraints on Competition*, luglio 2015, reperibile sul sito internet http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf.

¹⁷ Sezione 4: Responsabilità dei prestatori intermediari, artt. 12-15 della direttiva sul commercio elettronico, v. *supra*, note 4 e 5.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09, *L'Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri*, punto 145, n. 6, in *Raccolta*, 2011, I, p. 6011, EU:C:2011:474: «L'art. 14, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato *on line* qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permetta di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati. Detto gestore svolge un ruolo siffatto allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle. Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al comma precedente e dunque la sua prestazione di servizio rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31, il gestore di un mercato online, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n. 1, lett. b), del suddetto art. 14».

appena decida di intervenire in maniera attiva nell'attività della piattaforma poiché dimostra, in tal modo, di conoscere o controllare l'informazione in esame. Pertanto, alcuni servizi forniti dall'operatore (politica interna della comunità, monitoraggio, politica di penalità, risoluzione dei conflitti) potrebbero avere l'effetto non voluto di rivelare un controllo reale dell'operatore sugli utenti, sulla loro attività, o su altre dimensioni della piattaforma.

Tuttavia, le piattaforme elettroniche sono strutture basate su contratti e operano secondo logiche contrattuali. Tale infrastruttura contrattuale definisce il regime di responsabilità e assegna i doveri e le responsabilità agli operatori e ai membri della piattaforma che costituiscono la «comunità di utenti». Poiché il regime di «*safe harbor*» si basa sulla mancanza di conoscenza e sulla mancanza di controllo, gli operatori riescono a mantenere la loro posizione attribuendosi il diritto (ma non l'obbligo) di monitoraggio e di sorveglianza; essi accrescono, in tal modo, la fiducia senza esporsi ai rischi di responsabilità¹⁹. Ma, contemporaneamente, l'attribuirsi di funzioni di vigilanza, sanzione o revisione ai fini della gestione della piattaforma può mettere in discussione l'ipotesi che l'operatore non stia svolgendo "un ruolo attivo". Pertanto, l'applicazione di disposizioni di «*safe harbor*» alle piattaforme può richiedere un'ulteriore analisi del modello funzionale e operativo di ciascuna piattaforma per valutare specificamente la natura e l'estensione del suo ruolo.

Inoltre, l'analisi diventa più complessa a causa del fatto che non esiste una regolamentazione generale sulle piattaforme. Sono state adottate norme settoriali specifiche a diversi livelli²⁰ per affrontare le questioni derivanti da piattaforme settoriali quali regolamenti sulle piattaforme di *crowdfunding*²¹ o

¹⁹ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU*, 3 *The Italian Law Journal*, n. 1/3, 2017, pp. 149-176.

²⁰ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *A Comparative Analysis of Crowdfunding Rules in the EU and U.S.*, Stanford TTLF Working Paper Series, Working Paper num. 28, reperibile sul sito internet <https://law.stanford.edu/publications/no-28-a-comparative-analysis-of-crowdfunding-rules-in-the-eu-and-u-s/>.

²¹ Legge federale austriaca sui mezzi di finanziamento alternativi (*Alternative Financing Act-Alternativfinanzierungsgesetz, AltFG*) - Obblighi per gli organismi emittenti e gli operatori di piattaforme Internet ("crowdfunding") in materia di finanziamento del terrorismo (artt. 4, par. 5 ss., 5, comma 1 (2)), in *Federal Law Gazette*, vol. I, n. 114/2015); *French Décret n° 2014-1053 du 16 septembre 2014 relatif au financement participatif*, in *JORF* n. 215 del 17 settembre 2014, p. 15228, texte n. 11; legge tedesca sulla protezione degli investitori di piccole dimensioni, *Kleinanlegerschutzgesetz, Bundesgesetzblatt Teil I*, 2015, n. 28 vom 9 Juli 2015; *Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio tramite portali on-line*. Delibera n. 18592 della Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) e Regolamento allegato del 26 giugno 2013, in *Guri* n. 162 del 12 luglio 2013; Portugese Lei n.° 102/2015 de 24 de agosto, *Regime jurídico do financiamento colaborativo*, in *Diário da República*, 1.ª série, n. 164 - 24 Augusts 2015; Legge Spagnola sulla promozione finanziaria, n. 5 del 2015, *Ley 5/2015 de Fomento de la Financiación Empresarial*, in *Boe* n. 101 del 28 aprile 2015 (LFFE

sistemi di *trading* alternativi (*Alternative Trading Systems*, ATS)²², sistemi o strutture multilaterali di negoziazione (*Multilateral Negotiating Systems*)²³, o le più recenti azioni normative, ancora timide, abbastanza irregolari e in qualche modo disordinate, sui modelli di *sharing-economy*²⁴. Dato il loro ambito specifico, tali norme non abbracciano le piattaforme in modo comprensivo, ma riguardano esclusivamente le caratteristiche particolari di tali piattaforme che rientrano nel loro ambito di applicazione e al fine di proteggere determinati interessi – stabilità del mercato, trasparenza, interessi degli investitori, rischio sistemico, diritti dei consumatori, imposte e tasse, frode –. In base a questi approcci disparati, gli operatori di piattaforme possono essere tenuti a rispettare compiti specifici nell'ambito della sfera settoriale pertinente. Tuttavia, non esiste un quadro normativo ricco, comprensivo e integrato sulle piattaforme.

In sintesi, la trasformazione dell'economia digitale in un'economia di piattaforma oscura la classificazione binomiale dei prestatori di servizi – fornitori di servizi di intermediazione contro fornitori di servizi generali e non

2015); *United States Capital Raising Online While Deterring Fraud and Unethical Non-Disclosure Act of 2012*, Pub. L. 112-106, Titolo III, 126 Stat. 318 (US Crowdfunding Act).

²² J. R. MACEY - M. O'HARA, *Regulating Exchanges and Alternative Trading Systems: A Law and Economics Perspective*, in *J. Legal Stud.*, vol. 28, January 1999, pp. 17-54; E. M. MCCARROLL, *Regulation of Electronic Communications Networks: An Examination of Tradepoint Financial Network's SEC Approval to Become the First Non-American Exchange to Operate in the United States*, in *33 Cornell Int'l L.J.*, 2000, pp. 211-262; J. MACEY - H. KANDA, *The Stock Exchange as a Firm: the emergence of close substitutes for the New York and Tokyo Stock Exchanges*, in *75 Cornell L.Rev.*, 1989-1990, pp. 1007-1052.

²³ Ad esempio, nell'Unione europea, l'art. 4, par. 15, della MiFID ha definito «Strumento multilaterale di negoziazione (MTF)» un sistema multilaterale, gestito da un'impresa di investimento o da un gestore del mercato, che riunisce compratori e venditori di strumenti finanziari – nel sistema e in conformità con le regole non discrezionali – in modo tale da risultare in un contratto in conformità delle disposizioni del titolo II. Oggi, norme pertinenti in MiFID II e MiFIR - Direttiva n. 2016/1034/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016, che modifica la direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, in *Gu-Ue* n. L 175 del 30 giugno 2016, p. 8 ss.; Regolamento (UE) 2016/1033 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016, che modifica il Regolamento (UE) n. 600/2014 sui mercati degli strumenti finanziari, il Regolamento (UE) n. 596/2014 sugli abusi di mercato e il Regolamento (UE) n. 909/2014 sul miglioramento del Regolamento titoli nell'Unione europea e sui depositari centrali di titoli, in *Gu-Ue* n. L 175 del 30 giugno 2016, p. 1 ss.

²⁴ Un *patchwork* di risposte normative nazionali o addirittura locali potrebbe arrestare lo sviluppo dell'economia collaborativa in Europa, in assenza di un quadro comune e, di conseguenza, impedire il pieno sfruttamento dei potenziali benefici per i consumatori, l'innovazione e la crescita. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, SWD(2016)184 fin., Bruxelles, 2 giugno 2016, Com(2016)356 fin. L'effetto scoraggiante di un ambiente normativo frammentato all'interno dell'UE è aggravato, inoltre, in Europa, a differenza degli Stati Uniti, da disparità culturali e linguistiche tra gli Stati membri. Cfr. G. SMORTO, *Critical assessment of European Agenda for the collaborative economy. In-depth analysis*, studio commissionato dal Parlamento europeo, Direzione generale per le politiche interne, febbraio 2017, p. 9, reperibile sul sito internet [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/595361/IPOL_IDA\(2016\)595361_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/595361/IPOL_IDA(2016)595361_EN.pdf).

intermediari – e complica l'applicazione del regime di responsabilità degli intermediari («*safe harbor*») ai nuovi attori (gli operatori di piattaforme).

b. *L'escalation in numero, gravità e intensità delle situazioni di rischio e il ruolo degli intermediari*

Le recenti polemiche sulle "notizie false" (*fake news*) e sull'uso dei *social media* per diffondere discorsi di incitamento a odio, violenza o ideologie estremiste (supremazia bianca, neo-nazisti, gruppi di estrema destra) hanno posto un dilemma a intermediari e piattaforme.

Alcune delle piattaforme più popolari hanno deciso di reagire, anche compromettendo la loro neutralità, rimuovendo contenuti, chiudendo *account* o negando pubblicamente il servizio a determinati utenti e implementando meccanismi per individuare automaticamente le notizie false. Certamente, nessuna di queste situazioni è nuova, ma ultimamente sono esplose con una virulenza senza precedenti destando allarme sociale, attirando l'attenzione normativa a causa di gravi preoccupazioni politiche e invadendo il discorso politico e la diplomazia internazionale.

Inoltre, le politiche e le strategie proattive, implementate da piattaforme e intermediari in risposta a un contesto così ostile e minaccioso, pongono sfide importanti.

In primo luogo significa una progressiva perdita di neutralità. Le incerte conseguenze di un percorso verso un mercato digitale di intermediari parziali, non neutrali, non sono ancora note. Nondimeno, la perdita della neutralità nel senso sostanziale o materiale comporta rischi finora ignorati. Se gli intermediari dovessero adottare una strategia proattiva potrebbero decidere come trattare i contenuti ed applicare diverse condizioni secondo l'orientamento dell'informazione, della fonte, dell'origine o dell'utente. Un'adeguata trasparenza delle condizioni applicabili potrebbe attenuare l'impatto, ma comporterebbe una potenziale distorsione della libertà di espressione, del diritto di accesso all'informazione e di altre libertà fondamentali nella società digitale. Il pericolo di una discriminazione ideologica o di una standardizzazione globale delle opinioni non deve essere sottovalutato.

In secondo luogo, sarà necessario ricalibrare le regole di responsabilità laddove gli intermediari decidano di selezionare, valutare, rimuovere e monitorare attivamente. Siccome il paradigma della responsabilità degli intermediari gira su un doppio fattore – mancanza di conoscenza e impossibilità di controllo – l'esercizio volontario di un ruolo di sorveglianza proattivo richiede la permanenza di entrambi gli elementi. Se l'operatore seleziona, valuta o controlla, può conoscere; se l'operatore monitora contenuti e attività nella piattaforma e sanziona le infrazioni può, quindi, controllare.

In terzo luogo, la congiunzione delle due situazioni anteriori probabilmente porterà ad una situazione di *arbitrage* e di rischio di «*platform shopping*» in un contesto ancora senza risposte uniformi.

c. *La promozione di private ordering e meccanismi volontari di enforcement*

Infine, gli Stati hanno capito quanto siano deboli e inefficaci i loro tradizionali meccanismi legali di prevenzione, protezione e rimedio agli inadempimenti nella scena digitale. Di conseguenza, un progressivo, timido ma rivelatore, "trasferimento" di poteri e responsabilità nella prevenzione e nella protezione civile dei diritti da parte di enti pubblici agli operatori di piattaforme è gradualmente visibile. La premessa che ispira un trasferimento così evidente è che le piattaforme sono meglio posizionate per rilevare le violazioni, prevenire prontamente i danni a diritti o interessi, applicare efficacemente rimedi e correggere le infrazioni attraverso meccanismi contrattuali. La collaborazione tra operatori di piattaforme e intermediari migliora l'efficacia nell'applicazione della legge, ma solleva anche preoccupazioni giuridiche.

In questo contesto di promozione del *private ordering* e di applicazione volontaria delle soluzioni, è in esame il paradigma della responsabilità degli intermediari. Il regime di responsabilità è fondamentale per allocare correttamente gli incentivi e allineare gli interessi con gli obiettivi di *policy*. Se gli obiettivi di *policy* dovessero cambiare, cercando un maggiore coinvolgimento di intermediari e piattaforme nella prevenzione e nell'applicazione delle soluzioni, il regime di responsabilità potrebbe essere rimodellato. Altrimenti, gli intermediari tenderanno a ridurre la loro esposizione ai rischi e mitigare così la loro responsabilità. Secondo il regime di responsabilità attuale di «*safe harbor*», è ragionevole presumere che gli intermediari cercheranno di dimostrare quando e come vengono a conoscenza di una possibile illiceità mediante sistemi volontari di notifica e articoleranno meccanismi ben definiti di rimozione o di disattivazione per affrontare tali situazioni con un livello di rischio controllato. Se il regime di responsabilità si modifica e il paradigma dell'esenzione di responsabilità basato sul binomio "nessuna conoscenza/nessun controllo" evolve verso un modello diverso tra quelli possibili (responsabilità oggettiva per rischio, obbligo generale di sorveglianza, presunzione di conoscenza, dovere di fedeltà o lealtà), cambia anche l'equilibrio degli interessi, la distribuzione degli incentivi si ricompone e, conseguentemente, le strategie degli intermediari saranno diverse.

3. Segni di cambiamento? Il dilemma degli intermediari digitali

Il regime di responsabilità di "approdo sicuro" (*safe harbor*) per gli intermediari digitali è rimasto un pilastro fondamentale dei servizi della società dell'informazione e del quadro giuridico del commercio elettronico per quasi due decenni. Il suo valore per riconciliare gli interessi in conflitto è stato riconosciuto dalla giurisprudenza e si è riflesso nelle decisioni di politica legislativa. L'espansione delle attività digitali e, certamente, l'emergere progressivo dei modelli basati su piattaforme diversificate (economia collaborativa, *fintech*, *crowdfunding*, *social network*, *e-marketplaces*) sono stati profondamente supportati e incoraggiati dal paradigma della responsabilità degli intermediari così come è stato ideato nella sua forma originale.

Nondimeno, una drammatica trasformazione del contesto digitale sperimentata negli ultimi anni rischia di destabilizzare la solidità del regime attuale e diluire le logiche che reggono il paradigma della responsabilità. Il sistema attuale sarebbe sconvolto. Diversi segnali di cambiamento sono già percettibili. Tuttavia, i modelli prospettici risultanti da un potenziale cambiamento di paradigma non sono ancora delineati chiaramente. Le conseguenze potrebbero essere molto importanti per la nostra società digitale e non vanno ignorate né trascurate.

In questa sezione, alcuni segnali di cambiamento²⁵ percepiti saranno esposti ed analizzati per prevedere possibili modelli alternativi di responsabilità intermediarie e discutere le loro implicazioni e i risultati attesi (*infra*, paragrafo 4.).

a. *Una giurisprudenza incerta che si separa dal paradigma di responsabilità*

La giurisprudenza recente in diverse giurisdizioni²⁶ mostra un progressivo allontanamento dai principi di responsabilità degli intermediari e comincia a sostenere l'imposizione di obblighi di monitoraggio proattivo sugli intermediari con riferimento ad un'ampia gamma di violazioni e attività illegali. Anche se questa tendenza non è compatta e contrasta con altre de-

²⁵ Sulla stessa linea, eccellente analisi di G. FROSIO, *From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, vol. 12, n. 7, pp. 565-575.

²⁶ Analisi completa e approfondita della giurisprudenza di G. F. FROSIO, *The Death of "No Monitoring Obligations": A Story of Untameable Monsters*, in 8(3) *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, 212 (2017). Allo stesso modo, riassunti e collegamenti alla maggior parte delle decisioni sono forniti dal progetto sviluppato da G. FROSIO, *The World Intermediary Responsibility Map (WILMap)*, *cit. supra*, nota 2.

cisioni che rafforzano invece i principi dell'attuale paradigma della responsabilità²⁷, raffigura la rottura della previa solidità del paradigma e l'apertura di un dibattito.

Infatti, è già percettibile la preoccupazione giuridica relativa alla minaccia allarmante posta dai mezzi digitali a determinati diritti (in particolare, violazione della proprietà intellettuale, violazioni della *privacy*, diffamazione e incitamento all'odio)²⁸. Secondo tale orientamento, lo scenario digitale creerebbe rischi senza precedenti che causerebbero danni ingenti e persistenti, violazioni inarrestabili nonché un impatto negativo e virale sui diritti.

Un siffatto ragionamento potrebbe aprire la strada ad una deviazione dalla responsabilità basata sulla negligenza alla responsabilità oggettiva fondata sul principio «*cuius commoda eius et incommoda*» e sosterebbe l'imposizione di obblighi di monitoraggio sugli intermediari. A tale riguardo, la giurisprudenza afferma che, nella misura in cui i fornitori ottengono benefici economici (pubblicità, principalmente), dovrebbero contribuire a bloccare o eliminare materiali illeciti²⁹.

Con tali argomentazioni, alcune decisioni giudiziarie summenzionate si attengono, apparentemente, al *considerando* n. 40 della *direttiva sul commercio elettronico*, secondo la quale intermediari e piattaforme hanno l'obbligo non solo di rimuovere il materiale illecito previa comunicazione, ma anche di impedire la ripetizione di ulteriori infrazioni mediante misure di controllo. È interessante notare che un'altra sentenza (caso *Baidu*)³⁰ collega il dovere specifico di monitoraggio delle piattaforme a quei contenuti che si dimostrano popolari poiché registrano numerose visualizzazioni o *download*. Di conseguenza, tali indici di popolarità dovrebbero innescare il dovere della piattaforma di esaminare lo stato giuridico di tali contenuti e, se necessario, proteggerli dalla violazione. Questa curiosa delimitazione del dovere sembra essere ispirata dal riconoscimento di una maggiore responsabilità delle piattaforme e degli intermediari per proteggere i diritti e

²⁷ Sentenza della Corte suprema (Argentina) del 29 ottobre 2014, *Rodriguez M. Belen c. Google e Otro s / daños y perjuicios*, R. 522. XLIX; sentenza della Corte d'appello di Milano n. 29 del 7 gennaio 2015 (R.G. 3821/2011), *Reti Televisive Italiane S.p.A. (RTI) v. Yahoo! Italia S.r.l. (Yahoo!) et al.*; ordinanza del Tribunale di Milano del 27 luglio 2016, *Mediaset Premium S.p.a. v. Telecom Italia S.p.a. et al.*; sentenza del 2 dicembre 2014 della Cour d'Appel Paris, *TF1 v. DailyMotion*.

²⁸ *Google Brazil v. Dafrá*, Appello speciale n. 1306157 / SP, Corte di giustizia superiore, quarto *panel*, 24 marzo 2014, reperibile sul sito internet <https://cyberlaw.stanford.edu/page/wilmap-brazil>; *Universal v. Corley*, 273 F.3d 429, 60 U.S.P.Q.2d 1953, 1968, 2° Cir. 2001; sentenza della Corte EDU del 16 giugno 2015, par. 110, *Delfi AS v. Estonia*, ricorso n. 64569/09.

²⁹ *GEMA c. RapidShare* I ZR 79/12, Bundesgerichtshof, 15 agosto 2013, Germania.

³⁰ *Zhong Qin Wen v. Baidu*, 2014 Gao Min Zhong Zi, n. 2045, Beijing Higher People's Court 2014, <https://cyberlaw.stanford.edu/page/wilmap-china>.

gli interessi, argomento che è stato impiegato anche da altri tribunali per dichiarare la ragionevolezza degli obblighi di monitoraggio proattivo sui servizi di *hosting* di c.d. «nuova generazione»³¹.

b. *Alcune proposte normative che impongono doveri specifici*

Diverse proposte legislative, previste in particolare nella strategia di creare un mercato unico digitale dell'UE, sembrano indicare uno spostamento di tendenza verso l'introduzione di obblighi di filtraggio e monitoraggio sugli intermediari in alcune aree e un sostegno generale ai meccanismi di prevenzione ed *enforcement* volontario. Al fine di prevenire la violazione del *copyright*³², la proposta di direttiva sul diritto d'autore per un mercato unico digitale incoraggerebbe (art. 13)³³ l'adozione di tecnologie efficaci di riconoscimento dei contenuti per impedire la disponibilità di contenuti illeciti.

Apparentemente, questi obblighi di cooperazione introdurranno almeno il dovere di prevenire future violazioni in un ambito più generale, anche se possono essere ancora considerati specifici in relazione a contenuti o diritti precedentemente identificati.

Per quanto riguarda il contenuto nocivo per i minori e l'incitamento all'odio nella piattaforma di condivisione di video, la proposta di direttiva sui mezzi audiovisivi prevede (art. 28 *bis*)³⁴ – fatti salvi certamente gli artt. 14 e 15 della direttiva sul commercio elettronico – l'obbligo per i fornitori

³¹ *Delta TV v. Youtube*, ordinanza del Tribunale di Torino del 23 giugno 2014 nel procedimento R.G. n. 15218/2014.

³² Negli Stati Uniti vedi *Joint Supplemental Comments of American Federation of Musicians et al to U.S. Copyright Office*, In the Matter of Section 512 Study: Notice and Request for Public Comment, Docket No 2015-7, 21 febbraio 2017.

³³ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, Com(2016)593 fin. del 14 settembre 2016. Art. 13: «I fornitori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e forniscono al pubblico l'accesso a grandi quantità di opere o altri materiali caricati dai loro utenti devono, in collaborazione con i titolari dei diritti, adottare misure per garantire il funzionamento degli accordi conclusi con i titolari dei diritti per l'uso dei loro lavori o altro materiale o per impedire la disponibilità sui loro servizi di opere o altri materiali identificati dai titolari dei diritti attraverso la cooperazione con i fornitori di servizi. Tali misure, come l'uso di tecnologie efficaci di riconoscimento dei contenuti, sono appropriate e proporzionate (...)».

³⁴ Proposta di Direttiva del Consiglio che modifica la direttiva n. 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione delle mutevoli realtà del mercato, Com(2016)287 fin. Art. 6: «Gli Stati membri assicurano con mezzi appropriati che i servizi di media audiovisivi forniti dai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione non contengano alcun incitamento alla violenza o all'odio diretto contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito in riferimento al sesso, alla razza o origine etnica, religione o credo, disabilità, età o orientamento sessuale».

di servizi di condivisione di video di adottare misure adeguate per proteggere i minori e prevenire discorsi di odio e violenza (termini di utilizzo, sistema di segnalazione e *flagging*, verifica dell'età, controllo parentale, meccanismi di valutazione, spiegazione dei rapporti e segnalazione).

Quindi, il sistema potrebbe virare da un modello basato su avviso e decollo (*notice-and-take-down-based model*) verso un modello centrato sul dovere di cura (*duty of care*). In questo contesto, diverse proposte di regolamentazione nell'UE, come sopra menzionato, sembrano rivelare una possibile sostituzione del solido regime di responsabilità orizzontale con diversi regimi settoriali di responsabilità verticale introducendo obblighi di filtraggio, misure proattive o meccanismi di protezione in materia di violazione del *copyright*, attività illegali o protezione dei minori. Quali protocolli, buone pratiche e misure potrebbero implementare piattaforme e intermediari per adempiere al loro «dovere di diligenza» (*duty of care*) sarà una questione strategica chiave che potrebbe influire sulla sostenibilità del modello e sulla stabilità del mercato.

Ancora più importante, anche se una tale modifica normativa non si concretizzasse, è il fatto che il passaggio da un approccio di esenzione di responsabilità degli intermediari a una strategia progressiva di maggiore responsabilità degli intermediari è stato chiaramente attivato. La comunicazione *Tackling Illegal Content Online. Towards and enhanced responsibility of online platforms*³⁵ è una chiara illustrazione di tale tendenza. Sebbene non possa comportare modifiche specifiche nel quadro giuridico attuale, come indicato nella comunicazione (p. 20), questa strategia di rafforzamento della responsabilità stabilisce un nuovo contesto per interpretare l'attuale regime di responsabilità e riflettere sui cambiamenti futuri. Anche se al momento sta semplicemente proiettando una posizione politica e un'efficace collaborazione tra attori privati e autorità, inevitabilmente essa alimenterà il dibattito su come la responsabilità degli intermediari si articola in obblighi specifici.

c. *La risposta proattiva di piattaforme e di intermediari*

Le piattaforme e gli intermediari hanno risposto a tali sfide e difficoltà introducendo meccanismi di monitoraggio volontario, filtraggio automatico e azioni di autoregolamentazione per prevenire attività illegali e facilitare l'*enforcement* privato. Lo schema «*ContentIP*» implementato da You-

³⁵ Com(2017)55 fin. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 28 settembre 2017. +

tube consente di individuare anticipatamente i contenuti digitali allo scopo di bloccare, monitorare o applicare strategie di monetizzazione. TripAdvisor ha implementato un meccanismo di allerta per gli utenti, e ha adottato, a livello internazionale, un ruolo proattivo basato sull'avviso, adempiendo, di conseguenza, ad un proprio dovere. Facebook ha sviluppato strategie per contrastare notizie false e d'incitamento all'odio basate su verificatori di fatti esterni e procedure automatiche condotte da algoritmi interni per rilevare contenuti o cancellare fonti. Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube, unitamente ad altre piattaforme e *social media*, hanno concordato con la Commissione europea un codice di condotta che stabilisce una serie di impegni per contrastare la diffusione dell'odio illegale *on line*.

4. Possibili modelli futuri e implicazioni

I segnali di cambiamento sembrano già percepibili, ma se questi segnali annunciano una modifica normativa futura o semplicemente l'innalzamento di preoccupazioni sociali che saranno affrontate con la cooperazione tra gli intermediari e i poteri pubblici, l'autoregolamentazione, le soluzioni guidate dal mercato e le iniziative politiche sono ancora incerte.

Eppure, è il momento di anticipare possibili modelli e di discutere le loro implicazioni.

a. Un passaggio da un approccio di responsabilità intermedia a una strategia di responsabilità intermedia è comprensibile in termini politici e sociali, ma solleva complessità per articolare le sue conseguenze giuridiche. Solo nella misura in cui la cooperazione, l'autoregolamentazione e i meccanismi volontari funzionano efficacemente, il modello sopravvive senza una riforma legale.

Quest'approccio si può apprezzare particolarmente tanto nella risposta dell'UE per confrontare le notizie false e la manipolazione dell'opinione pubblica, come nella strategia per affrontare i contenuti illegali con la collaborazione delle piattaforme.

b. Se una responsabilità basata sulla negligenza è sostituita da un rigido sistema di responsabilità oggettiva, gravi implicazioni sul mercato, la tutela dei diritti (libertà di parola e di espressione, libero accesso alle informazioni, libertà di gestione di un'impresa e di sviluppo della attività economica, non discriminazione per ragioni ideologiche) e la salvaguardia della neutralità dovrebbero essere accuratamente calibrato.

In effetti, come è stato previamente analizzato, se gli intermediari (e gli operatori di piattaforme) diventassero, in accordo con un eventuale modello di responsabilità oggettiva, responsabili per tutti i contenuti o per

l'attività degli utenti, sarebbero incoraggiati ad attuare con zelo, rimuovere o bloccare preventivamente qualsiasi contenuto od utente sospetto, o reagire in maniera eccessiva in base a profili predeterminati, a volte delineati da algoritmi e da sistema automatici di *profiling*.

c. Sebbene sia stato dichiarato che l'adozione del monitoraggio proattivo incoraggiato non comporti la perdita della protezione dell'"approdo sicuro" («*safe harbor*») per le piattaforme collaborative, è innegabile che ciò implichi l'acquisizione di conoscenze e quindi l'avvio del dovere di reagire rapidamente. Come saranno valutate l'adeguatezza delle misure e quali saranno le conseguenze di misure difettose o inefficaci sono questioni rilevanti da discutere. Se l'obbligo di controllare, anche su base volontaria, sia un obbligo di risultato o un'obbligazione di mezzi è incerto. È discutibile il fatto che misure di monitoraggio proattive servano a fornire un'autentica conoscenza dell'illegalità o del potenziale dannoso.

Di conseguenza, intermediari e piattaforme svolgeranno le loro funzioni in un'atmosfera nebbiosa.

d. L'efficacia del monitoraggio proattivo può essere significativamente migliorata incorporando il filtraggio automatico, il meccanismo basato su algoritmi e sistemi di monitoraggio guidati dall'Intelligenza Artificiale. L'automazione innalza, tuttavia, i rischi di eccesso di rimozione e risveglia il fantasma della censura.

Pertanto, un dibattito profondo, aperto, e integrativo sui modelli alternativi per il regime di responsabilità degli intermediari è assolutamente imperativo. Le implicazioni del modello di responsabilità sulla società digitale, l'esercizio delle libertà, la neutralità materiale della rete, la generazione di fiducia, e l'efficacia della prevenzione e la protezione dei diritti nel mondo digitale non debbono essere trascurati. La decisione di promuovere un mutamento del paradigma della responsabilità degli intermediari deve essere attentamente meditata e i risultati debitamente testati, poiché definirà la nostra società digitale.

Teresa Rodríguez de las Heras Ballell*

* Profesora Titular de Derecho Mercantil / Universidad Carlos III de Madrid. 2017-2018 Chair of Excellence, Oxford University, Harris Manchester College, Commercial Law Center, Oxford (Uc3m-Santander Chair of Excellence Program)

Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Bologna, 14-17 settembre 2017

SINTESI

Gli intermediari digitali svolgono un ruolo fondamentale nella nostra società digitale. Le disposizioni di approdo sicuro («safe harbor») per i fornitori di servizi di intermediazione elettronica rappresentano una politica comune chiave nella regolamentazione mondiale di Internet. Ispirate alla precedente normativa degli Stati Uniti, le esenzioni da responsabilità degli intermediari sono state la spina dorsale del quadro giuridico dei servizi della società dell'informazione in Europa sin dall'inizio. Due decenni di evoluzione hanno tuttavia cambiato considerevolmente l'economia digitale. Le proposte normative in corso (particolarmente, nell'ambito della strategia europea per il mercato unico), la presenza dominante di piattaforme e la reazione degli intermediari a determinate questioni controverse (notizie false, incitamento all'odio, violazione del copyright, contenuto illegale) hanno reso necessaria la riconsiderazione dell'attuale paradigma della (non-) responsabilità degli intermediari. I modelli alternativi non sono ancora ben definiti. Le implicazioni di nuovi modelli per la società digitale, la protezione dei diritti, la neutralità di internet e la salvaguardia della fiducia sono significativi. Pertanto, un dibattito per riflettere sulle conseguenze di un cambiamento di paradigma è imperativo.

ABSTRACT

Digital intermediaries play a critical role in our digital society. Safe harbor provisions for electronic intermediary service providers represent a key common policy in worldwide internet regulation. Inspired by U.S. legal precedent, intermediary liability exemptions have been the backbone of the information society services legal framework in Europe from the outset. Two-decades of evolution has however changed the digital world considerably. Ongoing regulatory proposals (namely, under the EU Digital Single Market Strategy), the pervading presence of platforms, and the reaction of intermediaries to certain controversial issues (fake news, hate speech, copyright infringement, illegal content) have necessitated reconsideration of the current intermediary (non-)liability paradigm. Alternative models are not yet well defined. The implications of new models for digital society, the protection of rights, internet neutrality, and the preservation of trust are significant. Therefore, a debate to ponder the consequences of a paradigm shift is imperative.

BREVI NOTE SUL CONTRATTO ELETTRONICO NEL DIRITTO BRASILIANO

Sommario: **1.** *Il perfezionamento del contratto on line nel diritto brasiliano - a. Concetto - b. Modalità - c. Momento di perfezionamento del contratto elettronico - 2. Responsabilità per il contenuto in portali e piattaforme elettroniche - 3. Risoluzione di conflitti nel commercio elettronico.*

1. Il perfezionamento del contratto *on line* nel diritto brasiliano

a. Concetto

In modo riassuntivo, il contratto elettronico o virtuale nel diritto brasiliano è quello che si perfeziona per strumenti elettronici, tramite internet.

Per alcuni autori si tratta di un contratto atipico, altri sostengono che esso non rappresenti una vera e propria pratica contrattuale, ma un nuovo mezzo per esprimere modalità contrattuali già previste dalla legge. La seconda corrente interpreta in tal modo il contratto elettronico poiché, in generale, la maggior parte dei rapporti stipulati elettronicamente dà luogo a una prestazione di servizi o ad una compravendita (contratti tipici, previsti dalla legge civile brasiliana).

Nonostante tale divergenza, è evidente che per essere giuridicamente validi ed efficaci, i contratti stipulati elettronicamente devono osservare gli stessi requisiti degli altri contratti: oggetto lecito, capacità, legittimità e consenso delle parti contraenti. In questo senso, si applicano ai contratti elettronici le regole e i principi esistenti nell'ordinamento giuridico preposti a regolare i contratti in generale.

Il contratto elettronico si inserisce tra i contratti stipulati a distanza e sottomettessi alle regole degli articoli da 427 a 435 del Codice Civile del 2002. Inoltre, si applica integralmente quanto disposto dal Codice di Difesa del Consumatore (legge n. 8078/90), qualora si tratti di un rapporto giuridico di consumo – che rappresenta la grande parte dei contratti stipulati *on line* – e dal Codice di Procedura Civile (legge n. 13.105/15), per quanto riguarda la competenza territoriale.

Nonostante ciò, rileviamo alcuni principi che sono applicabili specificamente alla contrattazione elettronica:

- *Principio della Non Discriminazione* – Non si può negare validità o efficacia giuridica a un documento solo per il suo formato elettronico;

- *Principio della Neutralità Tecnologica* – Impedisce l'adozione di disposizioni legali che favoriscano l'uso di una tecnologia specifica in pregiudizio di un'altra esistente o futura;

- *Principio dell'Equivalenza Funzionale* – Organizza i criteri in base ai quali è possibile considerare la comunicazione elettronica equivalente a quella cartacea;

- *Principio della Perennità delle Norme Regolatrici di Ambiente Digitale* – Si relaziona al Principio della Neutralità e stabilisce che le norme devono essere flessibili per evitare la necessità di creare nuove normative qualora ci fossero ulteriori sviluppi tecnologici;

- *Principio della Conservazione e Applicazione delle Norme Esistenti ai Contratti Elettronici* – Il diritto deve presentare soluzioni atte a risolvere le diverse situazioni relative ai contratti elettronici, ai quali si applicano le norme già esistenti in materia di contratti.

b. *Modalità*

La grande parte degli autori brasiliani classifica i contratti elettronici in tre tipologie:

Contratti Elettronici Intersistemici: la manifestazione della volontà delle parti coinvolte si conferisce tramite trattative commerciali e stipulazione di protocolli mutui di negoziazione, resi possibili da *software*. Anche conosciuta come «contrattazione in rete chiusa», visto che la comunicazione elettronica è stabilita tra sistemi applicativi programmati preventivamente per l'esecuzione del vincolo pattuito in un momento precedente. In questo senso, il computer non interviene nella formazione della volontà dei contraenti. Il contratto è sempre stipulato tra persone giuridiche e utilizzato principalmente nei rapporti commerciali *B2B*, con l'intento di ri-

durre i costi operativi, poiché rende possibile lo scambio di informazioni tra diversi computer tramite un sistema unico.

Contratti Elettronici Interpersonali: si stabilisce l'interazione tra le parti contraenti che manifestano la loro volontà per la formazione del vincolo. Questa modalità richiede azioni umane, ovvero sono necessarie manifestazioni attive effettuate dalle parti sia per inviare una proposta tramite un messaggio sia per emettere un messaggio di risposta per accettazione. Sono tipicamente stipulati tramite *e-mail*.

Contratti Elettronici Interattivi: ha come principale caratteristica l'interazione tra una persona umana e un sistema previamente programmato (macchina). È la forma più frequente nell'ambiente digitale – pagine elettroniche nelle quali l'internauta acquisisce prodotti e servizi tramite compravendita. Nel momento in cui la persona conferma l'operazione di acquisto dichiara il suo consenso ai termini e alle condizioni stabiliti nel contratto, concretizzando l'operazione.

c. *Momento di perfezionamento del contratto elettronico*

Non è facile stabilire quando il contratto elettronico si ritiene concluso, ossia quando la dichiarazione di volontà espressa diventa vincolante per le parti. Come conseguenza, la prima condizione da osservare è se il contratto in questione è stato firmato tra presenti o tra assenti:

a. Nei contratti «tra presenti», le parti sono in comunicazione diretta e simultanea, perciò l'interazione è immediata (ad esempio, contratti firmati *on line*, in *chat* o per videoconferenza). I contratti tra presenti sono perfezionati nel momento in cui l'accettante concorda con la realizzazione dell'affare tramite una manifestazione immediata e positiva alla proposta che gli è stata indirizzata.

b. Nei contratti «tra assenti» non c'è simultaneità nello scambio di informazioni, ossia, prima è inviata una proposta al destinatario, il quale non è collegato in quel momento o non è in contatto diretto, e che risponderà successivamente, in forma positiva, negativa o modificativa. Il Codice Civile brasiliano stabilisce, nel suo art. 428, alcune situazioni nelle quali la proposta non sarà vincolante e pertanto non obbligatoria, con l'obiettivo di impedire o snaturare il perfezionamento del contratto.

Perciò, il criterio principale è l'intervallo di tempo compreso tra la proposta e la sua accettazione.

Tenendo presente la classificazione già presentata, si osserva che il momento di perfezionamento del contratto elettronico varia a seconda della modalità in questione:

- «Contratti Intersistemici» – si ritiene che il contratto sia concluso nel momento della negoziazione tra le società contraenti. Considerando che le parti hanno già manifestato la loro volontà durante le trattative commerciali, la comunicazione tra i sistemi elettronici è una mera conseguenza di quanto contrattato in precedenza, non essendovi, di regola, ulteriori questioni relative alla dinamica di esecuzione del contratto.

- «Contratti Interpersonali» – come regola, non c'è simultaneità di informazioni, visto che sono costituiti, soprattutto, dallo scambio di *e-mail* tra il proponente e il destinatario. In questo modo, il momento di conclusione del contratto è quello in cui il destinatario esprime la sua accettazione, adottandosi, in questo caso, la teoria della dichiarazione. Sebbene molti sostengano che si debba applicare la teoria della ricezione, secondo la quale il contratto si ritiene perfezionato soltanto nel momento in cui il proponente riceve l'accettazione – posizione adottata dalla maggioranza dei Paesi.

- «Contratti Interattivi» – il modo più abituale è la pubblicazione di offerte *on line* in pagine elettroniche. In questo caso, il contratto è ritenuto perfezionato e concluso nel momento in cui l'accettazione è dichiarata, applicandosi le disposizioni dell'art. 429 del Codice Civile, che regolamentano l'«offerta al pubblico». È comune che l'offerta permanga per un certo periodo di tempo, come è necessario per le transazioni virtuali, configurando quello che la dottrina definisce «stato di offerta permanente».

L'offerta permanente non lascia dubbi in relazione alle condizioni del futuro contratto, dal momento che contiene già tutti i dati preventivamente stabiliti, senza la possibilità di modifica da parte del destinatario (salvo alcune particolarità come, ad esempio, caratteristiche del prodotto o condizioni e termini di pagamento e consegna). Il proponente, a sua volta, sarà vincolato all'offerta fino a quando questa rimarrà nella sua pagina elettronica.

2. Responsabilità per il contenuto in portali e piattaforme elettroniche

Con la diffusione di internet e degli attuali mezzi di comunicazione, ad ogni istante migliaia di informazioni sono inserite e condivise tramite *social network*, *website* e *blog*.

In ragione della velocità con la quale il contenuto si propaga su internet, è tecnicamente impossibile monitorare e/o controllare preventivamente il suo inserimento.

In Brasile, i *provider* di servizi di internet non hanno il dovere di controllare preventivamente il contenuto dei *post* nei *social network*, nello stesso modo in cui i *provider* di servizi di *hosting* non sono responsabili per il contenuto dei siti che ospitano, e possono essere ritenuti responsabili soltanto se, dopo una decisione giudiziale che determina la cancellazione

di uno specifico contenuto *on line*, non lo facciano.

La legge n. 12.965/2014, conosciuta come «Marco Civile dell'Internet», dispone: «Art. 19 - Con l'intento di assicurare la libertà di espressione ed impedire la censura, il *provider* di applicazioni di internet potrà essere ritenuto responsabile civilmente per i danni derivanti da contenuto originato da terzi qualora, a seguito di uno specifico ordine giudiziale, non prenda le misure, nell'ambito e nei limiti tecnici del suo servizio ed entro il termine stabilito, per rendere indisponibile il contenuto che è stato indicato come illegale, salvo diversa disposizione di legge.

§ 1° - L'ordine giudiziale indicato dovrà contenere, sotto pena di nullità, l'identificazione chiara del contenuto specifico indicato come violazione, che permetta la localizzazione inequivoca del materiale»¹.

Ai fini della localizzazione e della effettiva rimozione di un contenuto da internet, è fondamentale l'indicazione della URL (*Uniform Resource Locator*) della pagina dove si trova il contenuto, visto che soltanto l'URL identifica una pagina virtuale in modo preciso.

Va notato che anche precedentemente alla emanazione della legge n. 12.965/2014, la posizione dei Tribunali Regionali e Superiori in Brasile limitava la responsabilità dei *provider* di internet ai casi nei quali, sebbene questi fossero stati avvertiti della presenza di contenuto offensivo o illegale, in modo privato o per una decisione giudiziale, non prendessero alcuna misura per cessare l'abuso o l'illegalità.

Non esiste, pertanto, né la responsabilità oggettiva dei *provider* di internet né la responsabilità per atti di terzi in relazione alle pagine che ospitano. Qualora vi sia eccesso, abuso o illegalità, spetta alla vittima chiedere l'eliminazione del contenuto ritenuto eccessivo, abusivo o illegale e, in caso di danni derivanti dal contenuto pubblicato, la responsabilità del risarcimento sarà di colui che ha commesso l'atto dannoso. Al *provider* incomberà l'obbligo di fornire i dati di chi ha pubblicato il contenuto offensivo, così come quello di rimuoverlo non appena abbia conoscenza della sua illegalità, sotto pena di rispondere in solido con l'autore diretto del danno.

È importante osservare che la Costituzione Federale del 1988 assicura, al punto IV, art. 5, la «libera manifestazione di pensiero» e, al punto IX, «la libera espressione dell'attività intellettuale, artistica, scientifica e di comunicazione, indipendentemente dalla censura o licenza», aggiungendo che la manifestazione del pensiero, la creazione, l'espressione e l'informazione, in qualsiasi modo, processo o mezzo, non subiranno alcuna restrizione (art. 220, *caput*). La Costituzione assicura, in contropartita, i di-

¹ Traduzione a cura di S. ALVARES.

ritti individuali, proteggendo l'intimità, la vita privata, l'onore e l'immagine delle persone, assicurando il diritto ad una indennità per danno materiale o morale derivante dalla loro violazione (art. 5°, V e X).

Nella collisione tra diritti fondamentali, nessun diritto può essere soppresso né presentarsi come assoluto. Soltanto davanti ad un caso concreto il giudice potrà ponderare gli interessi in conflitto e decidere sulla prevalenza dell'uno o dell'altro, in una circostanza specifica.

Per quanto riguarda la libertà di espressione e i diritti individuali, la soluzione prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza può essere riassunta nel modo seguente: il diritto di esprimersi trova limite soltanto nel divieto di offendere l'onore e la dignità delle persone che sono state menzionate nel contenuto pubblicato su internet ritenuto offensivo.

Configurato l'abuso di diritto, l'indennità dovuta all'offeso deve essere fissata in modo equo e moderato, considerando le peculiarità di ogni caso, per evitare vantaggi eccessivi. Il giudice sarà orientato, in modo particolare, dal pregiudizio subito dalla vittima, dall'intensità della colpa e dalla capacità economica di colui che ha commesso la violazione.

3. Risoluzione di conflitti nel commercio elettronico

L'*e-commerce* o commercio elettronico è il modo di commercializzare virtualmente prodotti e servizi; il concetto di *e-commerce* è applicabile a qualsiasi tipo di affare o transazione in cui offerta e accettazione avviene in modo virtuale, indipendentemente dalla virtualità o meno del prodotto o del servizio oggetto del contratto.

Come già menzionato, quando l'imprenditore (brasiliiano o straniero) utilizza il commercio elettronico per vendere i suoi prodotti e servizi, si assoggetta agli stessi principi e alle stesse regole applicabili agli altri contratti stipulati in Brasile, tra cui la normativa che regola i rapporti di consumo (Codice di Difesa del Consumatore - legge n. 8.078/90).

Nonostante l'applicazione del Codice di Difesa del Consumatore alle transazioni elettroniche e con l'intento di rendere più trasparente e sicuro il commercio elettronico, è stato promulgato, nel 2013, il Decreto n. 7.962, il quale prevede espressamente l'obbligo di informazioni chiare e precise sul prodotto/servizio offerto ed anche sul fornitore.

Il Decreto, inoltre, include aspetti importanti come la garanzia di assistenza facilitata al consumatore, la regolamentazione degli acquisti collettivi e la garanzia dell'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, come assicurato dal Codice di Difesa del Consumatore nel suo art. 49.

Il diritto di recesso possiede ancora più rilevanza nei contratti elettronici di consumo, considerando l'impossibilità di un'analisi precisa delle

caratteristiche del prodotto da parte del consumatore. Importante rilevare che, per maggior sicurezza dei fornitori, questo diritto non si applica ai prodotti digitali (*software*, ad esempio), visto che questi si incorporano immediatamente nel patrimonio dell'acquirente e, in caso di restituzione, sarebbe difficile verificare in modo autonomo se è stata fatta una copia del programma da parte dell'acquirente.

Tutte le cautele previste dal Codice di Difesa del Consumatore e dal Decreto n. 7.962 devono essere assunte dal fornitore di prodotti e servizi, quale unico responsabile delle informazioni veicolate, visto che il titolare della pagina elettronica nella quale viene pubblicata l'offerta agisce soltanto come veicolo per le vendite. Nello stesso modo, il *provider* che fornisce l'accesso ad internet non ha responsabilità sulle pubblicità, visto che non ha le competenze tecniche per valutare previamente tutte le informazioni.

Per la risoluzione dei conflitti derivanti dell'*e-commerce*, il consumatore dispone di mezzi amministrativi (extragiudiziali) e del mezzo giudiziale. I mezzi amministrativi ed *extragiudiziali* sono:

- «Fundação Procon», entità pubblica di difesa del consumatore, fornisce assistenza per la soluzione amministrativa dei conflitti, riducendo in modo significativo il numero delle azioni giudiziali.

- Agenzie Regolatrici, che disciplinano servizi pubblici resi da concessionari (ad esempio: di servizi come energia elettrica, acqua, telefonia, ecc.) e sono anche punto di riferimento nella intermediazione dei conflitti relativi al consumo, con un grande numero di soluzioni amichevoli.

- Arbitrato, che ha come obiettivo la soluzione di conflitti relativi ai diritti patrimoniali disponibili. In Brasile, l'arbitrato è regolato dalla legge n. 9.307/96 e la sua applicazione ha avuto una importante crescita dopo l'emanazione di questa legge. Tuttavia, la sua applicazione in relazione al commercio elettronico è molto ridotta in virtù delle previsioni normative che regolano i rapporti di consumo. In conformità con la normativa vigente, sarebbe necessario il consenso espresso da parte del consumatore con la scelta dell'arbitrato come metodo di soluzione delle controversie (che, in pratica, è quasi impossibile da ottenere nel commercio elettronico).

Nell'ambito giudiziale, i Tribunali «speciali» – che si occupano delle cause di valore ridotto (fino a 40 stipendi minimi brasiliani) – hanno avuto un ruolo fondamentale nella difesa dei consumatori, offrendo risposte più celeri alle richieste presentate.

La problematica principale riguarda la soluzione dei conflitti che coinvolgono una parte brasiliana e un'altra straniera. Ad esempio, se un brasiliano acquisisce un prodotto offerto su internet da un'azienda con sede all'estero, il contratto stipulato sarà regolato dalle leggi del Paese del fornitore che ha fatto l'offerta o la proposta. Questo perché il contratto di consumo elettronico internazionale osserva l'art. 9°, § 2°, della Legge di Intro-

duzione alle Norme del Diritto Brasiliano (LINDB), che prevede l'applicazione, per questa ipotesi, della legge del domicilio del proponente.

Conseguentemente, qualora il consumatore brasiliano accetti una proposta di un'azienda straniera, domiciliata in un Paese la cui legislazione ammetta la validità di clausole che riducano i diritti del consumatore (in relazione ai parametri brasiliani), questo non riuscirà ad evitare la limitazione dei suoi diritti, anche se ai sensi del Codice di Difesa del Consumatore brasiliano le clausole possono essere considerate abusive e/o non valide.

L'art. 435 del Codice Civile prevede, in conformità con la LINDB, che il diritto applicabile ai contratti internazionali è quello della nazione nella quale viene formulata la proposta. Tuttavia, il Codice di Difesa del Consumatore dispone espressamente che i consumatori brasiliani hanno il diritto di promuovere qualsiasi azione fondata sulla responsabilità del fornitore presso il Tribunale del proprio domicilio. Questo significa che il consumatore può promuovere l'azione in Brasile, ma il diritto applicabile è quello del paese di origine della proposta.

Si tratta di una situazione complessa, visto che l'applicazione del diritto straniero da parte dei Tribunali brasiliani genera incertezza giuridica alle parti e alle autorità giudiziarie medesime. Inoltre, affinché la decisione emessa da un tribunale brasiliano possa essere eseguita in un altro Paese, è solitamente richiesta l'omologazione da parte del tribunale locale (straniero): ciò significa che il consumatore deve intraprendere una nuova azione in tale Paese. Come conseguenza, la tendenza iniziale sarebbe quella di applicare la *lex fori*, ossia, la legge brasiliana, che, da un punto di vista strettamente giuridico, non è abbastanza solida.

Sotto questo profilo, pertanto, la legge brasiliana presenta una lacuna. Il consumatore brasiliano in presenza di un problema relativo ad un acquisto virtuale – in cui il fornitore abbia sede in un altro Paese – ha due alternative: *i.* iniziare l'azione giudiziale direttamente nel Paese nel quale ha sede il fornitore; oppure *ii.* iniziare l'azione giudiziale in Brasile, in base alla Costituzione Federale, alla Legge di Introduzione alle Norme del Diritto Brasiliano (LINDB) e al Codice di Difesa del Consumatore, fermo restando la probabile applicazione del diritto straniero.

Samantha Alvares* - Geórgia Costa - Ellen Key Passini*****

* Avvocato in São Paulo; Dottore di Ricerca in Diritto Processuale Civile / Pontificia Università Cattolica di São Paulo

** Avvocato in São Paulo

*** Avvocato in São Paulo

Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Bologna, 14-17 settembre 2017

BIBLIOGRAFIA

- André ZANATTA FERNANDES DE CASTRO; Fabiana Regina SIVIERO, *Privacidade na era da revolução digital*, in *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, nº115, abril 2012.
- Vera Helena DE MELLO FRANCO, *Contratos: direito civil e empresarial*, 5ª Edição. São Paulo, in *Revista dos Tribunais*, 2014.
- Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Carolina Dias Tavares GUERREIRO, *Formação dos contratos de consumo celebrados via internet*, in *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, nº115, abril 2012.
- Alberto Gosson Jorge JUNIOR, *Aspectos da formação e interpretação dos contratos eletrônicos*, in *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, nº 116, julho 2012.
- Patricia Peck PINHEIRO, *Contratos Digitais: apenas um meio ou nova modalidade?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-29/patricia-peck-contratos-digitais-sao-modalidade-contratual>>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.
- Antonio Carlos Figueiredo SALLES, *O consumidor e a solução de conflitos no comércio eletrônico*. Disponível em: <<https://inforchannel.com.br/2017/06/27/o-consumidor-e-solucao-de-conflitos-no-comercio-eletronico/>>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.
- Renata Cristina Oliveira DA SILVA, *Quais as principais diferenças entre os contratos eletrônicos, intersistêmicos e os interpessoais?* Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2006569/quais-as-principais-diferencas-entre-os-contratos-eletronicos-intersistemicos-e-os-interpessoais-renata-cristina-oliveira-da-silva>>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.
- Carlos Affonso SOUZA - Chiara Spadaccini deTEFFÉ, *Responsabilidade dos provedores de conteúdo de terceiros na internet*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet>>. Acesso em: 14 de agosto de 2017.
- Rafael TAVEIRA, *Considerações sobre a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47830/consideracoes-sobre-a-responsabilidade-civil-dos-provedores-de-conteudo-de-internet>>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.
- Giurisprudenza del Tribunale di Giustizia dello Stato di São Paulo, Brasile.

SINTESI

Nonostante sia regolato dal Codice Civile e dal Codice di Difesa del Consumatore (qualora applicabile), il contratto elettronico nel diritto brasiliano è regolato da principi specifici analizzati nella presente relazione. Sono parimenti oggetto di studio le diverse modalità di contratto elettronico ed il momento del loro perfezionamento, diverso a seconda della modalità scelta. Infine sono esaminati la responsabilità del *provider* di servizi di internet e del *provider* di servizi di *hosting* per contenuti considerati offensivi e i mezzi per la risoluzione dei conflitti derivanti dell'*e-commerce* (mezzi amministrativi/extragiudiziali o giudiziali).

ABSTRACT

Despite being regulated by the Civil Code and the Consumer Protection Code (if applicable), the electronic contract in Brazilian law is governed by specific principles analyzed in this Report. The types of electronic contract are different and also the time of their conclusion depending on the method chosen.

Finally, in this Report, are examined the responsibility of the internet service provider and of the hosting service provider for offensive content and also the means for the resolution of conflicts arising from e-commerce (administrative / extrajudicial or legal).

NEGOZIARE IN RETE: APPUNTI SU CONTRATTI E REALTÀ VIRTUALE NELL'ERA DELLA DIGITALIZZAZIONE*

Sommario: **I.** Premessa e impostazione del lavoro - **II.** Il web come reticolo: il rapporto (verticale) fra gestore della piattaforma e utente; i rapporti (orizzontali) fra utenti; i rapporti (trasversali) fra utenti e terzi - **III.** Le interazioni fra utenti prive di rilevanza negoziale: i rapporti di amicizia e di cortesia - **IV.** I rapporti contrattuali nella realtà virtuale: problemi aperti - **1.** Questioni preliminari: foro competente e legge applicabile ai contratti conclusi attraverso il social network - **2.** La rilevanza giuridica dell'«amicizia» fra utenti del social network: definizione della fattispecie ed esclusione dei rapporti di mera cortesia - **3.** Segue. Utente «imprenditore», gruppi e amicizia virtuale: il social network come strumento d'impresa? - **4.** Falsa identità dell'utente e contratto: profili problematici - **5.** Negoziazioni di beni o servizi «virtuali»: fattispecie e disciplina - **6.** L'associazionismo «virtuale»: i «gruppi» e la loro disciplina; le associazioni; le società - **7.** «Like», commenti, feedback possono fondare aspettative giuridicamente tutelabili? - **V.** I rapporti «trasversali»: cenni ed una precisazione - **VI.** Esperienze «virtuali», tutela «reale»?

I. Premessa e impostazione del lavoro

È recente notizia che un giudice abbia ritenuto validamente intimato il licenziamento attraverso una popolare piattaforma *social* di messaggistica istantanea¹, ultima frontiera di un'evoluzione tecnologica che ha permesso

* Il presente scritto rielabora e sviluppa un precedente lavoro dedicato ai rapporti contrattuali ed associativi nella realtà virtuale dei *social network* [S. A. CERRATO, *I rapporti contrattuali (anche associativi) tra i soggetti del social network*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 170 ss.].

¹ Cito solo tre fra i siti che hanno dato ampio risalto alla notizia: N. BRUNO, *Per licenziare un dipendente basta un messaggio su Whatsapp, lo ha stabilito il Tribunale di Catania*, in www.repubblica.it; *Lecito licenziare via WhatsApp*, in www.lastampa.it; M. AZZURRO, *Il Tribunale di Catania sancisce la legittimità del licenziamento tramite whatsapp*, in <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>. La sentenza che ha deciso il caso è Trib. Catania, 27 giugno 2017, reperibile nella pagina da ultimo citata.

di tramutare, nell'arco di pochi anni, la rete internet da mero «contenitore di contenuti»² a strumento di interazione fra utenti, sempre più parti «attive» anche nel processo di creazione di contenuti³.

A prima vista il giurista tradizionale può esserne allarmato, poiché percepisce – come d'altronde già preconizzava più di dieci anni or sono Stefano Rodotà⁴, proprio parlando di globalizzazione, internet e diritto – la difficoltà degli ordinamenti nazionali di restare al passo con una realtà in rapidissima evoluzione che sfugge molto spesso agli schemi con cui si è adusi a ragionare. È indubbio, infatti, che il diritto di matrice otto-novecentesca che ancora governa le società moderne non sia (e difficilmente possa essere nel futuro più prossimo) adeguato alla realtà «liquida», dematerializzata, digitalizzata e soprattutto deterritorializzata che ci circonda.

Trasporre il diritto dal mondo reale a quello virtuale impone dunque agli operatori uno sforzo di ricostruzione – spesso un intervento di vera e propria ortopedia ermeneutica – diretto a far «dialogare» vecchio e nuovo, adattando i paradigmi giuridici esistenti alle innovate manifestazioni dell'agire umano. Il caso citato in principio ne è un paradigmatico esempio, oltretutto neppure isolato (nel 2016 – ricorda il giudice stesso – la corte di appello di Firenze aveva giudicato legittimo licenziare con un sms, equiparando il messaggio al telegramma dettato per telefono), a riprova di una apprezzabile propensione a confrontarsi a viso aperto con i nuovi orizzonti della tecnologia applicata alla vita quotidiana senza atteggiamenti di immotivata e preconcetta chiusura.

La questione del valore giuridico delle (sole) comunicazioni veicolate attraverso piattaforme virtuali non rappresenta però che una (e fors'anche

² G. LEVY, *Web 2.0: benvenuto futuro!*, reperibile sul sito internet http://www.computer-law.it/entry.asp?ENTRY_ID=277.

³ Per una definizione di questi concetti, si veda già P. LÉVY, *Qu'est-ce que le virtuel*, Parigi, La Découverte, 1995, p. 9 ss., il quale tuttavia respinge la dicotomia socialmente diffusa «reale versus virtuale» a favore di quella fra «attuale» e «virtuale», individuando nel «possibile» l'elemento contrapposto al «reale»: «Le mot virtuel vient du latin médiéval virtualis, lui-même issu de virtus, force, puissance. Dans la philosophie scolastique, est virtuel ce qui existe en puissance et non en acte. Le virtuel tend à s'actualiser, sans être passé cependant à la concrétisation effective ou formelle. L'arbre est virtuellement présent dans la graine. En toute rigueur philosophique, le virtuel ne s'oppose pas au réel mais à l'actuel: virtualité et actualité sont seulement deux manières d'être différentes».

⁴ S. RODOTÀ, *Anche il diritto insegue la società che corre, e cambia*, in *Telema*, n. 11, 1998. Questo studioso, particolarmente attento al tema dei rapporti fra internet e diritto, è tornato anche in seguito sull'argomento (si veda ad esempio ID., *Una costituzione per internet*, in *Pol. dir.*, 2010, p. 337 ss.) ed ha poi guidato i lavori della Commissione per i diritti e i doveri relativi ad internet istituita dalla Presidenza della Camera dei Deputati, conclusi nel 2015 con la presentazione pubblica di una *Carta dei diritti e dei doveri di Internet*, attualmente consultabile sul sito www.camera.it/.

una delle meno insidiose⁵) sfaccettature dell'ampio e policromo tema del diritto dei contratti al tempo del *web*: la possibilità per gli utenti della rete di interagire fra loro nel mondo virtuale ha infatti dato vita ad una realtà parallela capace di «ospitare» al suo interno – così sottraendola *prima facie* al diritto del mondo reale – l'intera sequenza di atti in cui si articola un rapporto negoziale, dalle trattative all'accordo, dall'esecuzione alla risoluzione, senza contare i casi nei quali anche l'oggetto del contratto è costituito da un «bene» virtuale.

Uno scenario questo per molti versi inedito, che l'inevitabile vaghezza di una realtà magmatica come la rete rende ancora più ostico per il giurista.

Consapevoli di non poter esaurire compiutamente il tema nello spazio di questo scritto, e senza alcuna pretesa di dettar soluzioni per problemi che spesso investono istituti fondanti del diritto dei contratti, vorremmo tentare di sviluppare qualche riflessione sul cennato tema delle relazioni negoziali nella realtà virtuale con l'auspicio che possano contribuire alla costruzione di un diritto per i contratti nella rete.

⁵ Invero, la trasmissione della volontà attraverso mezzi informatici (ad esempio, tramite *e-mail*) è generalmente ritenuta equipollente ad altre forme tradizionali, ancorché dia luogo a problematiche applicative non del tutto risolte, al pari del «documento informatico» vero e proprio: si vedano, per riflessioni di vario tenore, A. BRANCA, *Obblighi e responsabilità nell'utilizzo del documento informatico*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2015, p. 29 ss.; S. BARBARO, *Un decreto ingiuntivo fondato sulla produzione di una mail: la posta elettronica non supera il vaglio del Tribunale di Roma*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2011, p. 518; M. SCARPA, *Riflessioni sull'e-mail come possibile prova scritta ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 2011, p. 3 ss.; U. BECHINI, *File e scrittura privata. Riflessioni sul documento informatico*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, p. 393 ss.; F. FERRARI, *Il codice dell'amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 415 ss.; G. VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 35 ss.; R. CLARIZIA, *Il documento informatico sottoscritto: alcune note a margine del codice dell'amministrazione digitale*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, p. 221 ss.; A. GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 481 ss.

In giurisprudenza, Trib. Firenze, 8 gennaio 2014, in *Banca dati Pluris*; Trib. Foggia, 20 giugno 2012, *ivi*; Trib. Novara, 31 maggio 2012, in www.novaraius.it; Trib. Prato, 15 aprile 2011, in *Corr. merito*, 2011, p. 802; Trib. Roma, 11 gennaio 2010; Trib. Mondovì, 7 giugno 2004, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2005, p. 938 ss., con nota di M. LUPANO, *Natura dell'e-mail, sua efficacia probatoria nella normativa vigente e nel d. legis. 7.3.2005*, n. 82; Cass., 11 maggio 2005, n. 9884, in *Diritto dell'Internet*, 2005, p. 566 s., con nota di G. FINOCCHIARO, *Ancora sull'efficacia probatoria del documento informatico non sottoscritto*; Trib. Bari, 20 gennaio 2004; Trib. Lucca, 17 luglio 2004, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 1028 ss., con nota di M.G. JORI, *L'efficacia probatoria dell'e-mail*; Giudice di pace Pesaro, 2 novembre 2004, in *Giudice di pace*, 2005, p. 23 ss., con nota di G. GARRISI e A. LISI, *I documenti informatici scritti "firmati" ma non sottoscritti entrano nelle aule di tribunale*; Trib. Cuneo, 15 dicembre 2003, in *Giurisprudenza di merito*, 2005, p. 560 ss., con nota di M. PANI, *Il valore di prova scritta di una e-mail: la giustizia inizia a porsi al passo coi tempi*; Cass., 6 settembre 2001, n. 11445, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 465 s., con nota di A. M. SOCCI, *La prova con i documenti informatici nella dinamica del processo*; e in *Corriere giuridico*, 2002, p. 338 ss., con nota di F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Il documento informatico alla prova della Suprema corte*.

Il lavoro è organizzato come segue: nel paragrafo II. tenteremo di «tradurre» in termini giuridici il concetto di «piattaforma» o «realtà» virtuale e delimitare la categoria di coloro che vi operano all'interno, verificando se sia necessario ricorrere a paradigmi concettuali e schemi regolamentari nuovi o comunque diversi da quelli che siamo abituati a maneggiare ovvero se – come ci sembra – sia possibile ricondurre il fenomeno a tipi negoziali in parte già noti e tradizionali. Nel paragrafo III. saranno delineate le possibili tipologie di rapporti contrattuali fra i soggetti che operano sulle piattaforme, individuabili in base ad un esame empirico della fattispecie; per ciascuna di esse si tenterà un inquadramento sistematico nelle categorie del diritto vigente e l'elaborazione di un sistema di regole applicabili, anche alla luce dei principi di diritto internazionale privato e processuale. Infine, nell'ultimo paragrafo formuleremo qualche valutazione sul livello di protezione dell'utente e sui futuri scenari che si schiudono all'orizzonte.

II. Il web come reticolo: il rapporto (verticale) fra gestore della piattaforma e utente; i rapporti (orizzontali) fra utenti; i rapporti (trasversali) fra utenti e terzi

La rete internet costituisce, come è noto, un'infrastruttura mondiale che consente di mettere in comunicazione i terminali degli utenti con spazi virtuali destinati ad ospitare informazioni, anche in formato multimediale (pensiamo ad una qualunque pagina web) oppure costruiti per consentire all'utente di operare e interagire con altri utenti in modo più o meno «intenso».

Le piattaforme che realizzano in modo più sofisticato quest'ultimo obiettivo sono senza dubbio i *social network*: entrare a far parte di un *social network* «virtuale» non è molto diverso dall'aderire ad una struttura organizzativa umana «reale» come un'associazione, un circolo, un gruppo sportivo, etc.: in entrambi i casi, infatti, chi vi aderisce diviene membro di una comunità delimitata di individui ed ha possibilità di intrecciare con essi relazioni di intensità diversa. Tuttavia l'associazione, il circolo, il gruppo sportivo, etc., sono un ente giuridico al quale ciascun ordinamento riconosce una più o meno estesa (ancorché fittizia) soggettività ed autonomia patrimoniale: dunque, chi aderisce diviene membro dell'ente ed il rapporto che si instaura cessa di essere puramente bilaterale per confluire in una dimensione organizzativa pluripersonale contraddistinta dalla finalizzazione ad un comune scopo.

Il *social network*, invece, è una piattaforma di servizi il cui unico scopo è consentire agli utenti di crearsi autonomamente, ove lo vogliano, più o meno fitte reti di interrelazioni all'interno di ἀγορά virtuali senza alcuna

«regia» o direzione unitaria e coordinamento «dall'alto»: ne deriva pertanto che la creazione del profilo personale – che costituisce il «passaporto» per l'accesso alle funzionalità del *social network* – si risolve nella stipulazione fra utente e gestore di un contratto bilaterale, probabilmente riconducibile alla matrice del contratto di somministrazione o forse, più propriamente, di appalto di servizi (a cui peraltro, nel nostro ordinamento, si applicano larga parte delle regole sulla somministrazione: art. 1677 c.c.).

Si tratta, in ogni caso, di un contratto dal contenuto (l'«oggetto», cioè il servizio erogato dal somministrante) quantomeno duplice, nella misura in cui il gestore della piattaforma si impegna normalmente a fornire *i.* uno *storage service* che permette all'utente di caricare, immagazzinare ed organizzare dati in uno spazio protetto (che appare virtuale ma è in realtà) fisico localizzato sui server del gestore medesimo, di estensione variabile, misurato in *bites*, e *ii.* una serie di strumenti tecnici di comunicazione digitale a distanza con gli altri utenti del medesimo servizio che non si differenziano in modo eccessivamente marcato rispetto agli analoghi servizi di comunicazione digitale offerti dai comuni contratti di utenza.

Una volta che abbia concluso il contratto con il gestore, dalla pagina personale l'utente può accedere alle funzionalità e agli applicativi messi a disposizione dalla piattaforma virtuale⁶, vale a dire interagire attivamente *sia* con gli altri utenti del *social network* (rapporti orizzontali) *sia* con terzi che, pur non essendo «utenti del *social network*» possano venire in contatto con essi attraverso la piattaforma virtuale o comunque subire, nella propria sfera giuridica, anche solo di riflesso, conseguenze di atti posti in essere da utenti del *social network* (e pensiamo agli sviluppatori di software che viene veicolato dal *social network*; agli sponsor che pubblicizzano prodotti o servizi attraverso la piattaforma; oppure anche ai semplici estranei che, per qualsiasi ragione accedano o entrino in contatto con la piattaforma⁷ oppure che ad essa vengano – anche inconsapevolmente – collegati⁸).

⁶ Per una lista dettagliata di strumenti che i *social network* mettono a disposizione degli utenti e dunque delle «azioni» che l'utente è in grado di porre in essere operando nel *social network*, sia consentito rinviare ancora a S. A. CERRATO, *I rapporti contrattuali (anche associativi) tra i soggetti del social network*, cit. *supra* (asterisco), p. 176 ss.

⁷ Come si è acutamente evidenziato (R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 93 ss.), molto spesso anche i semplici visitatori del *social network* sono soggetti alle regole del contratto di servizio, che pure non accettano (o quantomeno non esplicitamente) salvo forse ritenere che l'atto di comporre la stringa del sito sull'apposita barra di ricerca del *browser* o selezionare il *link* che rimanda ad una pagina o ad un servizio del *social network* non integri un comportamento concludente espressivo di una tacita adesione contrattuale; è chiaro, comunque, che tutte le clausole che richiedano per legge una specifica approvazione non potranno operare nei confronti del mero visitatore del *social network*.

⁸ Può essere acconcio – per proseguire con la metafora grafica – definire questi rapporti come «trasversali», interessando soggetti che si pongono al di sopra del piano degli utenti, ma

III. Le interazioni fra utenti prive di rilevanza negoziale: i rapporti di amicizia e di cortesia

Anche chi abbia meno dimestichezza con l'universo dei *social network* sa che la maggior parte di queste piattaforme è utilizzata dagli utenti prevalentemente come appendice «virtuale» della vita sociale «reale», e dunque per mantenere i rapporti umani con gli amici «reali» o con coloro che, per distanza, tempo o altre ragioni, non si ha possibilità di frequentare «dal vivo», ovvero per creare e mantenere nuovi rapporti di amicizia o di conoscenza con estranei, anche senza che ciò si rifletta necessariamente in un vincolo «reale».

Le interazioni fra utenti del *social network* sono dunque in larghissima misura qualificabili, da un punto di vista giuridico, come rapporti «di cortesia», frutto cioè del naturale dispiegarsi della vita sociale e relazionale umana e – in quanto *urbanitatis vel benevolentiae causa* – normalmente alieni da ogni venatura negoziale *lato sensu* intesa, dacché all'ordinamento giuridico e prima ancora al comune senso civico ripugna l'idea di una qualsivoglia forma di coazione⁹. Si pensi, ad esempio, allo scambio di messaggi contenenti inviti a pranzo o accordi per appuntamenti per correre al parco o offerte di passaggi in autovettura o impegni ad organizzare feste di compleanno, oppure alla condivisione di fotografie di una comune vacanza, oppure ancora all'invio di *link* o segnalazioni su eventi o contenuti di gradimento o meno dell'utente, etc. In alcuni casi, poi, il rapporto intrecciato on line si trasferisce nella vita reale, come accade per gli aderenti ai *social network* che offrono possibilità di ospitalità gratuita a turisti e viaggiatori.

Un labile confine separa però il rapporto amichevole dal «negozialmente rilevante»: è sufficiente – come insegna la dottrina più autorevole – che le prestazioni di cortesia «siano rivolte a soddisfare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, abbiano un contenuto

a fianco ed all'esterno del piano del gestore, con cui l'utente ha un rapporto diretto verticale. Si pensi al pericoloso e discusso meccanismo dei *tag*, che permette di associare una persona (anche non iscritta al servizio) ad un'immagine; ma anche più semplicemente, all'*upload* in rete di fotografie o contenuti che visualizzano o forniscono informazioni relative a persone non iscritte al *social network*.

⁹ Si vedano, per tutti, G. GHEZZI, *Cortesia (Prestazioni di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 1048 ss.; più recentemente, L. SANTORO, *L'atto di cortesia. Irrilevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 652 ss.; F. DI MARZIO, *Cortesia (rapporto di)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. 4, Milano, Il Sole 24 Ore editore, 2007, p. 522 ss.

economicamente valutabile e siano tali da ingenerare un affidamento della controparte»¹⁰ per dare ingresso ai tipici rimedi di natura contrattuale.

Né si può trascurare la ricorrenza di casi in cui due o più utenti (generalmente non professionisti) si avvalgono scientemente della piattaforma per intavolare trattative e concludere piccole operazioni di compravendita o di altro genere.

Inoltre, è dato notorio il costante incremento di imprese, anche medio-piccole, che creano un proprio profilo oppure fondano un «gruppo» sui principali *social network* allo scopo di sfruttare questo innovativo canale di comunicazione non solo per pubblicizzare prodotti o servizi e crearsi *business opportunities* ma anche e direttamente per promuovere la conclusione di contratti di vendita o di prestazione di servizi¹¹.

Quid iuris, in questa eventualità?

IV. I rapporti contrattuali nella realtà virtuale: problemi aperti

Il *social network*, pur se all'apparenza molto più sofisticato dei tradizionali sistemi di comunicazione a distanza, può essere sostanzialmente annoverato in questa categoria di strumenti tecnici¹², di tal che la circostanza che esso sia utilizzato come mezzo per la negoziazione e la conclusione di un accordo contrattuale non parrebbe impedire all'interprete di avvalersi, nella soluzione delle questioni che possano emergere, della più consolidata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia contrattuale sulla quale non par onestamente qui luogo per soffermarsi.

Vero è, peraltro, che profili di singolarità o di novità rispetto ai consueti contratti stipulati per via elettronica emergono, ora in virtù delle peculiarità del mezzo utilizzato, ora per la possibilità, che esso offre, di «gestire» in modo virtuale determinate vicende contrattuali finora prerogativa – se così si può dire – del mondo dei rapporti reali.

Proviamo dunque, senza pretesa di esaustività, ad individuarne alcuni.

¹⁰ G. GHEZZI, *Cortesia (Prestazioni di)*, cit. *supra*, nota 9, p. 1053.

¹¹ Sulla rilevanza, anche giuridica, di questo fenomeno ha avuto modo di pronunciarsi una giurisprudenza di merito (Trib. Torino, 7 luglio 2011, in *Foro it.*, 2013, 1, c. 2288), sulla quale ci si soffermerà ancora nel prosieguo.

¹² Forse, con voluta forzatura ma senza troppo allontanarsi dal vero, è lecito affermare che, sul piano della ricostruzione giuridica della fattispecie, tra il primo messaggio telegrafico ufficiale battuto da Samuel Morse il 24 maggio 1844 e un moderno *tweet* non corrono significative differenze. «La storia del contratto – ammonisce Natalino Irti – non può separarsi dalla storia delle tecnologie, mediante le quali si determinano i rapporti di scambio» (N. IRTI, *Norma e luoghi*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 128).

1. *Questioni preliminari: foro competente e legge applicabile ai contratti conclusi attraverso il social network*

Uno dei principali campi problematici nello studio della disciplina dei *social network* è la determinazione del foro competente e della legge applicabile.

Questo tema viene tuttavia trattato prevalentemente (se non esclusivamente) con riferimento al solo contratto di accesso al servizio di *social network* stipulato fra singolo utente e gestore della piattaforma¹³.

Il problema si presenta, per contro, anche nei rapporti fra singoli utenti, quando il vincolo contrattuale che fra essi si instauri presenti profili di internazionalità, vuoi sul piano subiettivo (gli utenti sono cittadini di Paesi diversi), vuoi sul piano obiettivo (i beni oggetto del contratto sono in un Paese diverso da quello di appartenenza degli utenti).

È subito opportuno precisare che assai raramente sarà dato rinvenire una manifestazione di volontà delle parti in proposito, tenuto conto – come si è detto – che, nella maggior parte dei casi, rapporti contrattuali fra utenti di *social network* potranno gemmare da condotte interindividuali apparentemente di cortesia, dunque in larga misura non formalizzate¹⁴; e che, qualora invece l’iniziativa sia qualificabile come professionale, il *social network* non consente agevolmente la conclusione di accordi strutturati con clausole complesse come quelle in parola. Né pare che in alcuno di questi casi si possano utilmente invocare le disposizioni eventualmente dettate al riguardo dal contratto di servizio di *social network*, atteso che, come per qualsiasi altro servizio di utenza, la piattaforma informatica funge da mero «palcoscenico» di comunicazione senza che il gestore assuma una posizione negozialmente rilevante¹⁵.

¹³ Si vedano, sul punto, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Social networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 3 ss.; R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, cit. *supra*, nota 7; F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 102 ss.

¹⁴ Ciò a differenza di quanto, per contro, accade quando il rapporto contrattuale si instaura diagonalmente fra utente e terzo fornitore di un servizio: in questi casi, di regola, il terzo – essendo un «professionista» – sottoporà all’utente un contratto vero e proprio, solitamente comprensivo di clausole di disciplina del foro e della legge applicabile.

¹⁵ Posizione che potrebbe al più emergere a giuridica rilevanza solo qualora gli utenti parti del vincolo negoziale lamentassero un danno derivante da disservizi imputabili al gestore nell’accesso o nell’utilizzo della piattaforma nelle fasi di trattativa o conclusione del contratto. In tal caso, inquadrati i rapporti tra utenti danneggiati e gestore nell’ambito del consueto schema della responsabilità contrattuale, l’utente che agisce per il risarcimento dei danni ha esclusivamente l’onere di allegazione dell’inadempimento o dell’inesatto inadempimento e di provare il pregiudizio subito, mentre è la parte inadempiente a dover provare l’insussistenza dell’inadempimento mediante la prova positiva dell’assolvimento degli obblighi su di lui gravanti (principio pacifico: da ultimo, Cass., 15 luglio 2011, n. 15659, in *Banca dati Pluris*; Id., 9 novembre 2006, n. 23918, *ivi*, 2007, I, p. 71 ss.). Non constano ad oggi precedenti in termini

Si dovrà pertanto ricorrere alle consuete norme di soluzione dei conflitti dettate dalle disposizioni di diritto internazionale privato e processuale applicabili, quantunque diverse da quelle che regolano i rapporti fra il singolo utente e il gestore del servizio.

Richiamando alla mente quanto disposto dagli artt. 3 ss. della l. 31 maggio 1995, n. 218 (legge d.i.p.), in caso di controversia fra un utente italiano e un utente straniero, questi – se extracomunitario – potrà essere convenuto in Italia soltanto se ivi domiciliato o residente ovvero se vi abbia un rappresentante autorizzato (art. 3, comma 1, legge d.i.p.) o, ancora, in virtù degli artt. 25 s. del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012; se domiciliato in uno Stato membro, invece, a fianco del foro generale del domicilio del convenuto (art. 4 del Regolamento (Ue) n. 1215/2012), il Regolamento prevede alcuni fori alternativi in materia di contrattuale (art. 7.1 del Regolamento citato) e nel caso in cui le parti siano, rispettivamente, un consumatore e un professionista (art. 18 del Regolamento citato)¹⁶.

Con riferimento alla legge applicabile, trova applicazione il Regolamento (Ce) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 («Roma I»), richiamato, con rinvio all'epoca riferito alla previgente convenzione di Roma del 1980, dall'art. 57 legge d.i.p. Dunque, innanzitutto, prevale il criterio della volontà delle parti che, giusta l'art. 3.1 del Regolamento Roma I, può anche emergere «dalle circostanze del caso»¹⁷, e soltanto ove non vi sia stata una scelta si applicheranno le disposizioni suppletive dettate dagli artt. 4 ss.

La complessità di queste disposizioni suggerisce di tralasciare, in questa sede, un esame dettagliato, salvo soltanto menzionare quelle che più ragionevolmente potrebbero venire in gioco in caso di rapporti contrattuali fra utenti di *social network*, e cioè quelle relative alla compravendita di

nella giurisprudenza, fatti salvi quelli relativi al disservizio di reti internet a danno di attività professionali (per un caso, Trib. Firenze, 17 novembre 2016, in *Banca dati Pluris*).

¹⁶ Sulla materia, fra molti, si vedano: AA.VV. (a cura di A. MALATESTA), *La riforma del regolamento di Bruxelles I. Il regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla giurisdizione e l'efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2016; S. M. CARBONE - C. E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale: Il regolamento UE n. 1215/2012*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, vol. XIV, Torino, Giappichelli, 2016; F. PESCE, *La tutela dei c.d. contraenti deboli nel nuovo regolamento UE n. 1215/2012 (Bruxelles I bis)*, in *Dir. comm. int.*, 2014, p. 579 ss.; in relazione al regolamento previgente, cfr. A. BONOMI, *Il sistema della competenza giurisdizionale nel Regolamento «Bruxelles I»*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, vol. XIV, Torino, Giappichelli, 2009, p. 55 ss.

¹⁷ Per una fondata critica al principio della scelta tacita della legge applicabile si veda B. UBERTAZZI, *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nel Regolamento «Roma I»*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, loc. cit., p. 374 s.

beni mobili e alla prestazione di servizi, nonché in caso di qualificazione degli utenti come consumatore e professionista.

L'art. 4.1, lett. *a.* e *b.*, del Regolamento Roma I determina la legge applicabile in base a quella che è reputata la prestazione caratteristica¹⁸, e cioè il trasferimento del bene («legge del paese nel quale il venditore ha la residenza abituale») o la prestazione del servizio («legge del paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale»); se tuttavia una delle parti è un consumatore e l'altra parte un professionista che svolge o dirige le proprie attività anche verso il paese di residenza del consumatore, allora sarà applicabile la legge del paese di residenza del primo, in deroga a quanto dispone il citato art. 4.1.

Si osservi, in ultimo, che il regolamento non individua con chiarezza, a differenza della previgente convenzione, il momento determinante per l'accertamento dei criteri di collegamento¹⁹, anche se pare del tutto ragionevole continuare a riferirsi al momento del perfezionamento del vincolo contrattuale.

2. *La rilevanza giuridica dell'«amicizia» fra utenti del social network: definizione della fattispecie ed esclusione dei rapporti di mera cortesia*

L'essenza del *social network* è – come efficacemente enuncia lo slogan del più noto di essi – to «connect and share with the people in your life», e ciò avviene attraverso la creazione di rapporti di «amicizia» fra gli utenti.

Non è però agevole chiarire se la ricorrenza di un vincolo virtuale di «amicizia», così come il compimento delle operazioni di formulazione della richiesta, di accettazione, rifiuto o revoca della richiesta abbiano una qualche valenza giuridica e possano far sorgere un qualsiasi vincolo di natura contrattuale fra gli utenti.

Probabilmente nella stragrande maggioranza dei casi la risposta è negativa.

Vero è che l'atto di creazione di un'«amicizia», dato dalla sequenza «richiesta-accettazione», non è del tutto privo di effetti giuridici, poiché gli utenti «amici» reciprocamente dispongono in senso abdicativo del proprio

¹⁸ U. VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta fra vecchia e nuova disciplina*, in FONDAZIONE ITALIANA PER IL NOTARIATO, *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento «Roma I»*, Milano, Il Sole 24 Ore editore, 2007, p. 70; ID., *Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento «Roma I» sulla legge applicabile ai contratti*, in *Studi integr. eur.*, 2010, p. 577 ss.

¹⁹ B. UBERTAZZI, *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nel Regolamento «Roma I»*, cit. *supra*, nota 17, p. 385 e p. 387.

diritto alla riservatezza concedendo all'altra parte determinati privilegi di accesso a informazioni personali, anche sensibili, altrimenti protette²⁰. Ciò tuttavia tipicamente avviene nel quadro dei normali rapporti umani di cortesia e non in vista di un qualche beneficio o vantaggio economico, sicché è da escludere, a mente del combinato disposto degli artt. 1321, 1173 e 1174 c.c., che l'accordo possa essere qualificato come contratto o comunque fonte di obbligazioni.

Può peraltro accadere che la richiesta di «amicizia» sia preordinata all'accesso a «contenuti» o informazioni, presenti sulla pagina personale dell'altro utente, economicamente apprezzabili e rispondenti (arg. ex art. 1174 c.c.) ad un interesse, anche non patrimoniale, del richiedente. Si pensi, ad esempio, all'utente che metta a disposizione dei soli «amici», sulla propria pagina personale, videoguide autoprodotte che insegnino tecniche di *make-up* femminili oppure corsi interattivi e multimediali di apprendimento delle lingue, ovvero gallerie di immagini artistiche, o ancora programmi per elaboratore, etc. In questi casi la richiesta di amicizia diviene presupposto necessario per accedere allo sfruttamento dei contenuti, pertanto sembrerebbe lecito inferire che il rapporto di «amicizia» assuma rilievo contrattuale, sia nel momento genetico sia nel suo successivo dispiegarsi.

Più in dettaglio, con riferimento alla fase di nascita del vincolo di «amicizia», non parrebbe illogico reputar applicabili le regole codicistiche che presiedono alla formazione e allo scambio dei consensi: guardando al nostro ordinamento, negli esempi ora descritti, l'utente che mette a disposizione determinati contenuti (videoguide, corsi, programmi, etc.) sulla propria pagina personale formula un invito ad offrire²¹, e quest'ultima avrà dunque valore di proposta contrattuale, revocabile (in quanto normalmente

²⁰ Invero, ci sembra che l'esistenza di un rapporto di «amicizia» presenti significativi risvolti proprio sul versante della tutela della riservatezza, tanto più gravi quanto maggiore è il livello di accesso ad informazioni personali che l'utente consente agli «amici» a c.d. «amici di amici», vale a dire terzi con i quali l'utente non ha un diretto rapporto di «amicizia». Su questi aspetti, la cui trattazione richiederebbe spazi molto più estesi, si vedano le riflessioni conclusive nel presente contributo e lo scritto di A. OTTOLIA, *Privacy e «social networks»: profili evolutivi della tutela dei dati personali*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 360.

²¹ E non un'offerta al pubblico, atteso che comunque si riserva il diritto di rifiutare la richiesta di «amicizia». In tema cfr. R. SACCO (e G. DE NOVA), *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. X, 3^a ed., Torino, Utet, 2002, p. 499 s.; ID., *Il contratto*, 4^a ed., Milanofiori Assago, Utet, 2004, p. 1172 ss. In giurisprudenza, per la distinzione fra offerta al pubblico e invito ad offrire, Cass. 19 gennaio 1985, n. 171, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 299 ss.; ID., 27 agosto 1992, n. 9899, in *Notiziario giur. lav.*, 1992, p. 630. Nel senso della qualificazione della proposta come invito ad offrire si veda S. BOROCCHI, *Consumers' transactions over the internet: what law is applicable according to private international law?*, in *Responsabilità comunicazione e impresa*, 2003, p. 29 e nota 15. Nel senso che il difetto di un'offerta «aperta» ad una risposta rappresenti un invito ad offrire si veda G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 529.

la piattaforma autorizza il richiedente ad annullare la richiesta) finché non sia accettata. In proposito, vale anche la pena di evidenziare che è difficile che si verifichino significative discrasie temporali fra accettazione e sua conoscenza da parte del proponente²², atteso che essa è veicolata in tempo reale attraverso il *social network*, a meno che non accada (come talvolta succede) che i due utenti abbiano anche contatti «reali» ovvero a distanza attraverso altri strumenti informatici²³, e l'oblato abbia informato l'altra parte della sua accettazione; in tal caso, la successiva operazione meccanica di invio del consenso attraverso la piattaforma avrebbe una mera funzione di riproduzione del consenso già manifestato²⁴, pertanto un'eventuale revoca della richiesta – qualora avvenisse – potrebbe essere reputata priva di effetto.

Ci si potrebbe forse interrogare circa l'applicabilità delle disposizioni a tutela del consumatore in materia di contratti a distanza (artt. 50 ss. Codice del consumo) ovvero di commercio elettronico (dlgvo n. 70 del 9 aprile 2003). Queste seconde non sembrano potersi utilmente invocare nel caso di contratti attraverso *social network*, tenuto conto che gli artt. 12, comma 2, e 13, comma 4, espressamente escludono i «contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti». Le disposizioni sui contratti a distanza parrebbero per contro applicabili all'utente «consumatore», a condizione che chi offre il «servizio» attraverso l'«amicizia» sul *social network* possa essere qualificato come «professionista» ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. c., Codice del consumo.

Instaurata l'«amicizia», il rapporto contrattuale potrà seguire la sua vita naturale fino ad esaurirsi con la conclusione delle prestazioni dell'utente obbligato; ciò ovviamente non implicherà la necessaria cessazione dell'«amicizia», che è uno *status* indipendente, bensì la sua semplice trasmutazione in mero fatto sociale; peraltro, se l'«amicizia» è condizione necessaria di accesso ai contenuti anche dopo che essi sono stati «caricati» dall'utente (ad

²² Nel senso che il contratto si perfezioni quando l'accettazione giunge a conoscenza del proponente cfr. R. G. PISCITELLI, *Negoziazione in rete e contratti «tra» computer*, in *Il diritto dell'informazione e informatica*, 2002, p. 1152.

²³ Si rammenti, in proposito, che la presunzione di conoscenza fissata dall'art. 1335 c. c. è ritenuta operante anche con riferimento all'invio all'indirizzo elettronico del destinatario, ove accessibile (arg. ex art. 13, comma 3, dlgvo n. 70 del 9 aprile 2003; da ultimo, Trib. Milano, 5 ottobre 2010, in *Lav. nelle p.a.*, 2010, p. 649; A. GENTILI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contratti*, 2010, p. 312) da intendersi, alla luce dello stato della tecnica attuale, non circoscritto all'indirizzo di posta elettronica bensì genericamente riferito a qualsiasi interfaccia virtuale riferibile ad una determinata persona.

²⁴ Sulla riproduzione cfr. R. SACCO (e G. DE NOVA), *Il contratto*, cit. supra, nota 21, p. 1318.

esempio perché questi ne autorizza solo la visione e non il *download*) e non vi era un termine convenuto, probabilmente la rilevanza contrattuale non avrà soluzione di continuità.

Il rapporto potrà anche sciogliersi per recesso (tecnicamente «cancellando» l'«amico» dalla propria lista, così precludendogli ogni ulteriore accesso ai contenuti oggetto del contratto) esercitabile in ogni tempo ove si voglia qualificare come contratto di durata riconducibile alla somministrazione o all'appalto di servizi sebbene con obbligazioni di una sola parte (salvo che l'utente beneficiario si sia in qualche modo impegnato ad una controprestazione, anche in denaro, eventualmente «virtuale», ad esempio tramite *bitcoin*). Il recesso unilaterale da parte dell'utente obbligato al servizio potrà peraltro sempre essere sindacato ricorrendo alla fattispecie pretoria dell'abuso²⁵.

Nulla osta, infine, a nostro parere, all'applicazione degli ordinari rimedi contrattuali in caso di inadempimento (ad esempio perché l'utente aveva promesso un determinato numero di videoguide, poi solo in parte messe a disposizione).

3. Segue. *Utente «imprenditore», gruppi e amicizia virtuale: il social network come strumento d'impresa?*

Occorre, a questo punto dell'indagine, approfondire la questione – già in parte lumeggiata – se il carattere negoziale o meno del rapporto fra utenti possa in qualche misura dipendere dalle qualità soggettive, in particolare dalla circostanza che uno di essi svolga, nel mondo reale, attività d'impresa.

La presenza di imprese sui *social network* rappresenta, per certi versi, una sorta di eterogenesi dei fini dello strumento, atteso che i *social network* nascono come mezzo di aggregazione di individui privati o gruppi con finalità di condivisione di esperienze, pensieri, eventi, fatti di vita quotidiana in una sorta di «appendice virtuale» della realtà. Dal punto di vista dell'impresa, per contro, il *social network* appare principalmente come un formidabile serbatoio di clientela dotato di elevate potenzialità di sfruttamento commerciale; un veicolo, in altre parole, di pubblicità commerciale molto sofisticato.

Ovviamente non ci riferiamo alla divulgazione di messaggi pubblicitari sulla piattaforma virtuale: pratica commerciale classica, già da tempo

²⁵ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss.; da ultimo, ID., 7 maggio 2013, n. 10568, in *Banca dati Pluris*.

sperimentata in rete (si pensi ai noti «banner» pubblicitari che compaiono sulle pagine di molti siti), anche se contraddistinta da elementi di novità quando il canale di comunicazione è – come accade con il *social network* – un collettore organizzato di illimitate informazioni o dati personali di ciascun utente che consente pratiche di profilazione assai precise²⁶.

Pensiamo, invece, al caso dell'impresa che crea un proprio profilo sul *social network*, gestisce la propria pagina, magari fonda uno o più gruppi incentrati su particolari aspetti della propria attività o su singoli prodotti o servizi.

Si può ancora affermare con sufficiente sicurezza che, in tal caso, la dinamica dei rapporti fra utenti è normalmente improntata ad un carattere «non negozialmente rilevante»? È lecito dubitarne. La finalità naturale di ogni attività d'impresa è il lucro, sicché si deve presumere, quantomeno fino a prova contraria, che l'impresa attiva sul *social network* non sia animata da spirito «sociale» né che sfrutti la tecnologia virtuale per soddisfare una personale (ed umana) esigenza di partecipare ad una vita di comunità. Al contrario, è facile ipotizzare che l'obiettivo sia quello di ottenere, più o meno direttamente, un ritorno economico e che, pertanto, l'adesione al *social network* si configuri – in modo molto prosaico – come esito di un puro ragionamento in termini di costi/benefici di un investimento²⁷.

Ciò non significa, beninteso, che ogni rapporto che si instauri con un utente-imprenditore tracimi invariabilmente nel «negozialmente rilevante». Piuttosto, si può ipotizzare che l'utilizzo del *social network* sia diretto a

²⁶ Impostare campagne pubblicitarie sui *social network* offre in effetti una serie di vantaggi per le imprese, atteso che molto spesso sono gli stessi gestori della piattaforma a mettere a disposizione una serie di dati statistici ricavati dalla profilazione degli utenti ovvero la possibilità di indirizzare i messaggi commerciali a categorie di utenti predefinite in base ad orientamenti o preferenze espressi da costoro o comunque ricavabili dalla miniera di informazioni personali che ciascun utente (spesso inconsapevolmente) consegna al gestore, il che solleva quantomeno qualche dubbio di indebita intrusione nella *privacy* dell'utente. Tuttavia, nel senso che le informazioni e le immagini inserite sul profilo si possano considerare – a differenza delle conversazioni in *chat* – «alla stregua di informazioni conoscibili da terzi», ancorché solo limitatamente alle cerchie di «amici», di recente, Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 giugno 2013, reperibile sul sito internet www.ilcaso.it/, in un caso di separazione coniugale.

²⁷ Da qualche tempo ormai le imprese prestano attenzione ai risvolti sociali ed etici della propria attività, sulla scia delle più recenti teorie sulla c.d. *corporate social responsibility*. Anche le politiche di responsabilità sociale, seppur animate da intenti lodevoli e spirito di liberalità, sono mosse da freddi calcoli economici: come scrive un autorevole studioso della materia, «socially responsible business decisions can be justified by a long, complicated process of reasoning as having a good chance of bringing long-run economic gain to the firm» (A. B. CARROLL, *Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct*, in *Business Society*, 1999, p. 271). Sul tema si vedano anche i contributi pubblicati nel volume AA.VV., *La responsabilità dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 2006 e in AA.VV. (a cura di V. DI CATALDO e P. SANFILIPPO), *La responsabilità sociale dell'impresa: in ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, Giappichelli, 2013.

favorire o incentivare la nascita di futuri rapporti contrattuali, magari anche fuori dall'universo virtuale, esattamente come avviene attraverso i normali canali pubblicitari. In questa ottica, ci sembra condivisibile l'affermazione espressa in un provvedimento del Tribunale di Torino²⁸ nel senso che «allorché il soggetto che avvia i contatti e calamita le "amicizie virtuali" è dichiaratamente un imprenditore, tutto il tenore dei rapporti muta e si intride di rilevanza economica e di potenzialità commerciale».

Il *social network* assume, in altre parole, i connotati di uno strumento di strategia comunicativa d'impresa, poiché attraverso il profilo ovvero attraverso il gruppo l'impresa raccoglie clientela attuale o potenziale, beneficia degli effetti del «passaparola», fidelizza i consumatori, promuove la propria attività o i prodotti e servizi che offre, etc. Questa attenuazione della dimensione «sociale» del network virtuale a favore dell'emersione di un carattere «imprenditoriale» dell'attività in rete si riflette anche sul versante – estraneo al tema che qui trattiamo, ma di cui è opportuno far almeno cenno – della protezione dell'impresa di fronte a potenziali rischi di abusi perpetrati da concorrenti. Proprio il precedente sabaudo testé citato ne offre un paradigmatico esempio sebbene forse sia lecito sollevare qualche obiezione sulla soluzione in concreto adottata dal giudice²⁹.

4. *Falsa identità dell'utente e contratto: profili problematici*

Tutti i *social network* impongono ai propri utenti il dovere di non mentire nell'indicazione dei propri dati personali e si riservano di recedere dal contratto in caso di violazione.

Si tratta, per la verità, di un obbligo senza effettività di sanzione, atteso che nessun gestore³⁰ ha attualmente adottato meccanismi di verifica oggettiva e generalizzata dell'identità dei suoi utenti confidando, forse, che lo scopo stesso di sviluppare i rapporti di amicizia reali in una dimensione virtuale induca gli utenti a creare profili personali veritieri e a segnalare gli abusi.

Purtroppo la cronaca ha già avuto modo di occuparsi di fenomeni di false identità (i c.d. *fake*), soprattutto con riferimento a personaggi pubbli-

²⁸ Trib. Torino, 7 luglio 2011, *cit. supra*, nota 11.

²⁹ Nel caso di specie, un ex dipendente aveva manipolato la pagina del gruppo creato dall'impresa per cui lavorava ricollegandola ad altra concorrente e con artifici tali da indurre gli «amici» a credere che vi fosse continuità fra le due imprese. Il giudice ha ritenuto che la gestione di una pagina personale o di un gruppo assuma un autonomo rilievo come segno distintivo atipico d'impresa (tutelabile anche contro interferenze confusorie di terzi attraverso le norme repressive della concorrenza sleale).

³⁰ Fanno eccezione, fra i *social network*, alcune piattaforme dedicate espressamente ai bambini, e che assoggettano l'attivazione dell'*account* al consenso espresso di un genitore oppure all'invio di un documento di identità.

ci, ma il fenomeno ha sicuramente un'estensione e una pervasività senza precedenti³¹.

Tralasciando gli aspetti legati ai rischi di truffe, di furti di identità o di dati perpetrati attraverso i *fake* o ai pericoli di malfunzionamenti dei propri terminali in conseguenza di malware veicolato da *link* artatamente spacciati per collegamenti «sani» dai falsi profili, pare opportuno domandarsi quale incidenza possa avere l'occultamento della propria identità personale sul piano dei possibili rapporti contrattuali fra utenti.

Osserviamo, preliminarmente, che la questione presenta quantomeno due distinti livelli di indagine.

In primo luogo, si pone il più generale problema della riferibilità ad una persona fisica di una dichiarazione resa attraverso un mezzo tecnico: sul punto, non paiono esservi ragioni per discostarsi dalla risposta che generalmente si dà in questi casi, e cioè che il messaggio inviato attraverso un mezzo di comunicazione è una dichiarazione giuridicamente idonea a far sorgere un vincolo negoziale imputabile a colui che del mezzo ha la disponibilità o ad esso ha accesso.

L'attribuzione ad ogni terminale connesso ad una rete internet di un indirizzo univoco (c.d. «IP») consente, in effetti, di risalire agevolmente alla fonte fisica dei messaggi e di qui a chi ne sia proprietario o quantomeno detentore o abituale utilizzatore, salvo prova di utilizzi abusivi o non autorizzati.

A questo punto si innesta il secondo profilo di indagine che spinge a domandarsi cosa accada se da quel terminale identificato l'utente abbia negoziato con altri utenti del *social network* «spendendo» un falso nome, vuoi che a mascherare la propria identità sia il legittimo proprietario, detentore o utilizzatore del terminale, vuoi che sia, invece, un terzo che illegittimamente usa il terminale altrui, magari «spendendo» il nome di quello.

Non è superfluo rammentare che l'utente di *social network*, come il destinatario di un messaggio e-mail, di un fax, di un sms, etc. non ha alcuna garanzia legale dell'identità dell'utente con il quale sta interagendo e di cui conosce solo il nome virtuale (c.d. «*nickname*»). Vero è che egli può disporre di plurime ulteriori informazioni idonee a far presumere con ra-

³¹ Studi condotti nel 2008 da Cloudmark, società privata specializzata nella protezione contro le minacce informatiche rivelano che, negli Stati Uniti, quasi il 40% dei profili creati dagli utenti sono falsi (<http://www.v3.co.uk/v3-uk/news/1974580/facebook-flooded-fake-profiles>); dati analoghi sono stati confermati, in Italia, da una ricerca del Cenispes nel 2009 (http://lastampa.it/_web/cmstp/tmplrubriche/tecnologia/grubrica.asp?ID_blog=30&ID_articolo=6495). In tempi recenti Facebook ha dichiarato di ritenere falsi 160 milioni di account nel mondo (<https://www.ceotecnoblog.com/profili-falsi-su-facebook/>).

gionevole sicurezza l'identità della controparte (esistenza di un rapporto di amicizia reale, precedente scambio di altri messaggi, etc.) ma ciò non assicura in nessun modo che la persona fisicamente presente all'altro terminale sia chi dice di essere.

Occupandosi del tema del negozio sotto nome altrui, la civilistica più autorevole³² considera, innanzitutto, la categoria dei contratti «personali»³³, con riferimento ai quali – come è noto – l'errore sull'identità della parte è sempre essenziale e quindi fonte di invalidità del vincolo ex art. 1429, n. 3, c.c.³⁴. Ciò può senz'altro valere anche quando il vincolo contrattuale è assunto per mezzo di una piattaforma virtuale, sicché l'assunzione di una falsa identità legittima la controparte a chiedere l'annullamento del contratto.

Lo stesso è a dirsi anche quando, pur non essendo il contratto *intuitu personae*, l'identità della parte è determinante per la formazione del consenso dell'altra. Un autore – mosso dall'intento di assicurare la massima tutela dell'affidamento incolpevole – ritiene invocabile per analogia la disciplina della rappresentanza senza potere, sostenendo che il vincolo negoziale nascerebbe (pur se inefficace, salvo ratifica ex art. 1399 c.c.) con la persona il cui nome è stato speso, ma la tesi non pare convincente. Invero, non par consentito assimilare la situazione di chi negozia in proprio (dissimulando l'identità) a quella di chi negozia in nome di un terzo (pur senza averne i poteri)³⁵, sicché sembra più ragionevole ritenere, con la dottrina prevalente, che il contratto si formi comunque fra le due parti che hanno negoziato, spettando a quella incolpevole l'azione di annullamento per errore³⁶.

Fuori da questi casi, è irrilevante chi sia il contraente (e l'eventuale errore sul punto è non essenziale: si parla di contratti «impersonali»³⁷) sicché l'esatta identificazione di quest'ultimo non è necessaria per la validità del contratto e di solito le parti non nutrono neppure un apprezzabile interesse a conoscerlo ai fini dell'esecuzione; questo accade, nella vita quotidiana «reale», quando la prestazione attesa ha esecuzione istantanea o comunque in un brevissimo lasso di tempo (si pensi ad una consumazione in un bar,

³² U. NATOLI, *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 463 ss.; G. PIAZZA, *Negozio sotto nome altrui*, *ivi*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, p. 119 ss.; ID., *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, ESI, 1968; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, rist. 1^a ed., Milano, Giuffrè, 1987, p. 61 ss.; R. SACCO (e G. DE NOVA), *Il contratto*, *cit. supra*, nota 21, p. 94 ss.

³³ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 1947, p. 397 s.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, *loc. cit.*, p. 60 s.

³⁴ Per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, *loc. cit.*, p. 60 s.

³⁵ Così U. NATOLI, *Rappresentanza (dir. priv.)*, *loc. cit.*, p. 466.

³⁶ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, *loc. cit.*, p. 62 s.

³⁷ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, *loc. cit.*, p. 398.

all'acquisto di beni in un supermercato, al compimento di un viaggio in tram, etc.³⁸).

Nel mondo virtuale, per contro, è molto raro che si verifichi una situazione analoga: ma non perché i rapporti contrattuali siano sempre caratterizzati da *intuitus personae*, bensì perché normalmente difetta la contestualità fra prestazioni; se un utente conclude con un altro utente un contratto di acquisto di un file audio/video per una determinata cifra, l'una e l'altra prestazione avverranno necessariamente in momenti e luoghi diversi poiché il *social network*, per quanto tecnologicamente avanzato, anche nelle sue configurazioni più «realistiche», è (e rimane) solo una piattaforma virtuale di trasmissione di impulsi elettromagnetici opportunamente «decodificati» dalle postazioni degli utenti e non diventa un bancone di bar o una cassa di supermercato.

A differenza dei casi di contratto³⁹ a rilevanza personale, qui l'esigenza di identificazione non è condizione di validità del contratto, bensì un elemento che le parti esigono (o dovrebbero esigere, se diligenti) per tutelarsi contro i rischi di inadempimento. *A fortiori*, dunque, si deve concludere che l'eventuale occultamento della propria identità non ostacola la valida genesi del vincolo contrattuale che sarà imputabile a colui che ha espresso la dichiarazione, quantunque sotto falso nome⁴⁰.

Resta infine da menzionare il caso in cui l'utente falsifichi la propria minore età: il nostro codice (art. 1425 c.c.) riconosce al minore l'azione di annullamento salvo che egli non abbia occultato la propria condizione con raggiri (art. 1426). Nell'applicare questi principi ai rapporti virtuali, pare ragionevole ritenere che la creazione di un profilo con immagini, notizie o altri elementi dai quali possa credibilmente apparire la condizione di maggior età dell'utente integri un raggiri idoneo a escludere la possibilità di agire per annullamento; nutriamo, per contro, qualche perplessità con riferimento alla condotta di semplice inserimento della data di nascita nel *form* da compilare all'atto dell'iscrizione al *social network*: si tratta ovviamente di valutare caso per caso, ma l'impressione è che in questo caso l'indicazione della data di nascita possa essere equiparata alla «semplice

³⁸ È appena opportuno evidenziare che l'indifferenza soggettiva sarà di solito unilaterale, perché per la parte creditrice della prestazione caratteristica normalmente rileva l'identità della parte debitrice (quindi, per il passeggero non sarà indifferente sapere di essere salito su un veicolo di un'azienda di TPL incaricata dal Comune piuttosto che di una magari abusiva).

³⁹ Diversamente R. SACCO (e G. DE NOVA), *Il contratto*, cit. *supra*, nota 21, p. 120 s., reputa inefficace il vincolo assunto da una persona spendendo il nome civile di un altro, salvo che il nome sia stato usato come mera *demonstratio*.

⁴⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit. *supra*, nota 32, p. 62 ss.

dichiarazione ... di essere maggiorenne» che non preclude il rimedio demolitorio.

5. *Negoziazioni di beni o servizi «virtuali»: fattispecie e disciplina*

Un terreno di indagine finora poco esplorato dalla dottrina riguarda i contratti di trasferimento di beni o di prestazione di servizi «virtuali».

È bene subito chiarire che non intendiamo riferirci alle attività di compravendita di comuni beni «reali»: il *social network* funziona (anche, o forse principalmente, quantomeno in alcuni casi) come una bacheca virtuale, sulla quale gli utenti possono «affiggere» proposte commerciali di ogni genere. Queste altro non saranno che comuni offerte al pubblico (art. 1336 c.c.), analogamente all'esposizione nella vetrina del proprio locale commerciale della merce con il prezzo, oppure inviti ad offrire o anche, se ne ricorrono i requisiti, promesse al pubblico (art. 1989 c.c.). Alcuni *social network*, anzi, prevedono spazi appositi riservati a queste attività degli utenti, mentre altri sono addirittura esclusivamente dedicati allo scopo.

Ci vogliamo invece occupare di un fenomeno diverso, consistente nella negoziazione di beni o servizi virtuali, vale a dire costituiti esclusivamente da flussi di impulsi che sono trasmessi via web: pensiamo al caso dell'utente che, disponendo di una stanza «virtuale» (i.e.: di una rappresentazione grafica di un locale), desidera «acquistare» degli arredi (un tavolo, una sedia, etc.); oppure all'utente proprietario di una fattoria «virtuale» che acquisti il mangime oppure un capo di bestiame⁴¹; ancora, si pensi all'utente che si rivolga ad una banca «virtuale» per depositare il proprio denaro «virtuale».

Questa breve esemplificazione suscita quantomeno due interrogativi: in primo luogo, quale sia la fattispecie negoziale rilevante; in secondo luogo, quale disciplina si applichi in caso di vizi, inadempimento, garanzie, etc.

Principiando dal primo aspetto, ci sarebbe forse da domandarsi se il giurista non stia prendendo... troppo «sul serio» questo fenomeno, conferendo dignità negoziale ad attività che sono soltanto parte di un semplice – ma molto realistico – videogioco on line.

In effetti, nella maggior parte dei casi che abbiamo esaminato, la negoziazione di beni o servizi avviene nel contesto di veri e propri *social games* virtuali che il gestore della piattaforma (ovvero sviluppatori terzi) mettono a disposizione degli utenti, e il già citato Farmville ne è l'esempio forse più noto. In alcuni casi si tratta di giochi *on line* non differenti rispet-

⁴¹ Farmville, gioco *on line* disponibile (fra gli altri) su Facebook.

to a quelli comunemente diffusi, sia di tipo classico (gioco da tavola) sia di tipo informatico (videogiochi su console, etc.), che vedono due o più giocatori sfidarsi fra loro, secondo regole precostituite, al fine di raggiungere la vittoria finale, sancita dal perseguimento di determinati obiettivi (pensiamo ai noti Monopoli, Risiko, etc.); in altri casi, per contro, il gioco *on line* assume i connotati di una simulazione della vita reale, sicché non vi è una vera e propria sfida fra giocatori, né il gioco ha come obiettivo il prevalere di un giocatore sugli altri, bensì il compimento di una serie di attività che riproducono situazioni ipotetiche ricorrenti nella realtà, permettendo al giocatore di assaporare esperienze altrimenti non sperimentabili⁴².

Ora, se ci si muove nel contesto di un gioco virtuale, e tale gioco virtuale permette la prestazione di servizi o la cessione di beni, ci sembra di poter affermare che la rilevanza negoziale di queste attività trascolora nel fenomeno sociale e culturale, assumendo importanza non tanto la qualificazione dell'atto (che è esecutivo del gioco) quanto che esso avvenga nel rispetto delle «regole del gioco»; da questo punto di vista, tuttavia, la riflessione si colloca al di fuori dei confini del presente studio perché non è questione di disciplinare la situazione di un utente-giocatore creditore verso un altro utente-giocatore per l'adempimento di un'obbligazione che sia eventualmente sorta nel corso del gioco (poiché rapporto *causa ludendi*, quindi inidoneo a creare un'obbligazione) o in conseguenza di esso (daccché l'art. 1933 c.c. esclude la coercibilità dei debiti di gioco, salvo se sportivi o autorizzati⁴³); piuttosto, si pone il tema della sanzione che possa derivare all'utente-giocatore in virtù dell'ordinamento ludico che egli ha accettato al momento dell'inizio del gioco (quindi sul piano del rapporto verticale con l'organizzatore) e che – normalmente – potrà consistere nell'irrogazione di una «sanzione» da scontare all'interno del gioco stesso o, nei casi più gravi, nell'esclusione dalla comunità dei giocatori. Né ci sembra che la conclusione debba mutare sol perché in alcuni giochi on line siano spesi soldi reali. Invero, la dinamica di questi giochi prevede che il giocatore utilizzi il denaro «reale» per acquistare moneta «virtuale» e ciò avvie-

⁴² Il panorama dei giochi di simulazione o dei giochi di ruolo è vastissimo: si va dai simulatori di volo o di guida di veicoli (automobili, metropolitana, treni, tram, etc.) a simulatori di animali domestici (il tamagotchi degli anni Novanta ne era il prototipo) fino a giochi di simulazione molto più complessi e realistici (dalla gestione di una fattoria all'amministrazione di una città, dal comando di legioni romane alle scalate nel mondo della finanza con la propria impresa virtuale, le alternative sono centinaia).

⁴³ Sul tema, per tutti, si veda il classico saggio di L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa. Artt. 1933-1935*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1959. Di recente, G. DI GIANDOMENICO e D. RICCIO, *Artt. 1933-1935, commento*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, Utet, 2011, p. 321 ss.

ne solitamente in una fase preliminare o comunque autonoma ed esterna rispetto all'ingresso nel gioco, sicché ci sembra che si possa affermare che, *nel corso del gioco*, l'utente «spende» denaro esattamente come lo spende il giocatore di monopoli oppure colui che gioca le *fiche* su un tavolo di casinò. Ma il punto merita sicuramente più attente riflessioni che gli spazi di questo contributo non consentono di sviluppare.

Le conclusioni paiono invece profondamente diverse se abbandoniamo il terreno più circoscritto dei social games e consideriamo l'intero universo dei *social network*, che – per quanto nati anche per rispondere ad esigenze di svago e distrazione – difficilmente ci paiono riducibili ad un fenomeno meramente ludico⁴⁴.

Movendosi in un ambito di rapporti sociali che possono sfociare nel «negozialmente rilevante», occorre a nostro avviso distinguere a seconda che l'oggetto del negozio siano servizi «virtuali» o beni «virtuali».

Nel caso di prestazione di servizi «virtuali», ci pare che si debba ulteriormente discernere l'ipotesi del servizio consistente in un'utilità o in un applicativo messi a disposizione dell'utente (ad esempio, un servizio di video-chat) rispetto all'ipotesi del servizio avente ad oggetto beni «virtuali» (ad esempio, il servizio di deposito bancario di moneta virtuale). Lasciando momentaneamente da parte questa seconda ipotesi (ne tratteremo dopo aver esaminato il tema dei beni «virtuali»), nel primo caso riteniamo che la risposta debba essere nel senso della riconduzione del contratto alla figura tradizionale della somministrazione, poiché consiste nella prestazione – continuativa o a richiesta – di un determinato servizio, ancorché veicolato attraverso la rete. Si tratta d'altronde di varianti tecnicamente più complesse e raffinate dei comuni contratti di utenza di servizi tecnologici (tele- e video- fonia, accesso ad internet, etc.). Con riferimento alla legge applicabile, varranno quindi le considerazioni già esposte più sopra, con l'avvertenza che, in ipotesi di servizio offerto direttamente dal gestore nel contesto del servizio di *social networking*, verranno in gioco le disposizioni dettate dal contratto di servizio accettato dall'utente, salvo riconoscere la prevalenza delle disposizioni a tutela del consumatore, ricorrendone i presupposti⁴⁵.

⁴⁴ D'altronde, come scriveva più di mezzo secolo fa un giurista fra i più illustri (L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa. Art. 1933-1935*, cit. *supra*, nota 43, p. 3), alle radici del gioco vi è il «bisogno o desiderio di evadere dalla realtà quotidiana per rifugiarsi in un mondo di fantasticherie e di sogni», un mondo che la realtà virtuale permette oltretutto all'utente di plasmare a proprio piacimento, fin dalla stessa proiezione in rete della propria persona attraverso la scelta dell'*avatar* o del *nickname* e con la descrizione delle proprie caratteristiche e qualità.

⁴⁵ Sul punto, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Social networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues*, cit. *supra*, nota 13.

La situazione si presenta più complessa nel caso di acquisto di beni «virtuali», poiché non è chiaro se questo contratto sia riconducibile alla fattispecie tipica della compravendita di beni.

La soluzione dipende, in prima battuta, dalla qualificazione giuridica dei «beni virtuali».

Ora, le scienze informatiche insegnano che gli oggetti virtuali che possono essere visualizzati sui terminali video non sono beni in senso proprio (oggetti materiali e tangibili) bensì semplicemente rappresentazioni grafiche convenzionali di programmi per elaboratore, cioè di sequenze di impulsi elettrici e magnetici o di comandi scritti in un linguaggio intelligibile alla macchina⁴⁶; acquistare un tavolo o una sedia per arredare la propria stanza virtuale significa quindi, semplicemente, ottenere dal «venditore» la possibilità – usiamo per ora un termine tecnico – di «sfruttare» un particolare software, la cui funzione è di ricreare, nell'ambiente virtuale rappresentato sullo schermo, l'immagine di un tavolo o di una sedia attraverso una serie di punti, linee, segni grafici e colori.

La questione si sposta dunque sul terreno della «circolazione» e della «utilizzo» del *software*, sul quale si registrano da tempo opinioni divergenti.

Nei limiti del presente contributo, ci sembra di poter innanzitutto escludere che l'«acquisto», concluso dall'utente del *social network* con il gestore della piattaforma, di un determinato software rappresentativo di un bene «virtuale» sia riconducibile alla fattispecie della compravendita⁴⁷. Invero, solitamente il gestore mette a disposizione il *software on line* (e a pagamento), nell'ambito della propria piattaforma, ma senza in alcun mo-

⁴⁶ In questo senso, nella dottrina statunitense, che ha maggiormente approfondito il tema, M. H. PASSMAN, *Transactions of Virtual Items in Virtual Worlds*, in *18 Alb. L.J. Sci. & Tech.*, 2008, p. 259 ss., spec. 271 s., ove anche riferimenti alla nozione di «goods» adottata dall'Uniform Commercial Code; da ultimo, AA.VV., *Commercial Transactions in the Virtual World: Issues and Opportunities*, a cura di A. LAKHANI, Hong Kong, City University of Hong Kong Press, 2014.

⁴⁷ In proposito, vale la pena rammentare che, quantomeno dalla metà degli anni Ottanta, il negozio intercorrente fra titolare ed utilizzatore finale (non imprenditore) di un *software* è stato ricondotto alla vendita, avendo esso ad oggetto non il programma in sé (bene immateriale) bensì l'esemplare di esso, sia quando incorporato su un supporto tangibile quale – ad esempio – il *floppy* o il *compact disc* sia quando trasmesso via *web* all'utilizzatore, il quale lo salvi nella memoria del proprio elaboratore [su questi profili si veda soprattutto D. SARTI, *Esaurimento ed utilizzazione del software*, in AA. VV., *La legge sul software, commentario sistematico*, a cura di L. C. UBERTAZZI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 1420 s. (ove cenni) e, *amplius*, ID., *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 307 ss.; M. RICOLFI, *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2004, p. 364 ss.].

Anche la dottrina statunitense esclude la riconducibilità della cessione di beni virtuali alla compravendita, ma argomentando sulla permanenza in caso al cedente di determinate facoltà altrimenti usualmente trasferite al compratore (M. H. PASSMAN, *Transactions of Virtual Items in Virtual Worlds*, loc. cit., p. 272 s.).

do trasmetterlo all'utente, il quale non è neppure messo in condizione di estrarne una copia (*download*) e salvarla sulla memoria fissa del proprio elaboratore⁴⁸. L'utente ha facoltà di accedere al programma e di utilizzarlo, ma ciò avviene sfruttando l'unico esemplare allocato sul server del gestore; nel caso di specie difetta, dunque, un qualsiasi atto di trasferimento di un esemplare, ancorché intangibile, del software.

Pare dunque lecito domandarsi se la fattispecie sia allora riconducibile alla forma del contratto di licenza di software⁴⁹, seguendo un percorso argomentativo recentemente tracciato da un autorevole studioso⁵⁰ e che trova conferme anche nella dottrina straniera⁵¹. L'affermazione è tuttavia controvertibile, atteso che, a ben considerare, occorrerebbe domandarsi se le attività poste in essere dall'utente al fine di accedere e sfruttare il *software* (riproduzione temporanea nella memoria volatile dell'elaboratore, rappresentazione dell'immagine sul video, etc.) in questione costituiscano atti riservati che necessitano di autorizzazione del titolare ovvero se beneficino dell'esenzione dal diritto esclusivo di riproduzione previsto dall'art. 68 *bis* l.a.

Ove si volesse accogliere quest'ultima prospettiva, allora, si dovrebbe forse concludere nel senso che anche la messa a disposizione di beni virtuali sia riconducibile ad un servizio che il gestore offre all'utente nel «pacchetto» cumulativo del servizio di accesso al *social network*.

Ai fini che qui ci occupano la questione è forse trascurabile, atteso che nell'uno come nell'altro caso ci troviamo di fronte ad un vincolo contrattuale che lega il titolare del software (sia esso il gestore della piattaforma o

⁴⁸ Per descrivere questa situazione si è utilizzata l'espressione *datentraegerfreie Software-nutzung*, cioè utilizzo del *software* senza supporto (si veda R. M. HILTY, *Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software*, in *MultiMedia Recht*, 2003, p. 3 s., spec. p. 5 s., richiamato da M. RICOLFI, *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, cit. *supra*, nota 47, p. 358 ss., spec. p. 379 ss. e, *ivi*, 381, ove anche riflessioni su questa particolare forma di sfruttamento di *software* «in remoto»).

⁴⁹ E si noti che alcuni contratti di *social network* utilizzano – con riferimento ad una particolare classe di beni virtuali, cioè la moneta, ma le considerazioni sono generalizzabili – l'espressione «licenza». Si veda, ad esempio, il contratto di accesso a *Second Life* in lingua italiana. Facebook, per contro, usa la più generica espressione «limited right to use».

⁵⁰ M. RICOLFI, *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, cit. *supra*, nota 47, ma con riferimento al caso generale («software [...] utilizzato senza venir installato sul terminale dell'utilizzatore») e non all'ipotesi specifica (programma rappresentativo di bene «virtuale») che qui stiamo esaminando. Questo autore ritiene, sia pure dubitativamente, a quanto pare di intendere, che in questi casi si sia in presenza di un atto di comunicazione al pubblico.

⁵¹ Per gli Stati Uniti, M. H. PASSMAN, *Transactions of Virtual Items in Virtual Worlds*, cit. *supra*, nota 46, p. 273 ss.; nel diritto tedesco, si veda R. M. HILTY, *Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software*, cit. *supra*, nota 48, p. 14, ricordato da M. RICOLFI, *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, cit. *supra*, nota 47, p. 382.

un terzo sviluppatore autorizzato) e l'utente, ed a tale contratto occorrerà fare riferimento anche ai fini dell'individuazione della legge applicabile e della giurisdizione⁵². Parimenti, qualora l'utente «acquisti» il bene virtuale da un terzo attraverso la piattaforma di *social network* (ad esempio, il mangime virtuale per i propri animali virtuali), si avrà un contratto di licenza ma autonomo, questa volta, da quello fra utente e gestore.

Qualora invece la cessione di beni «virtuali» intervenga fra utenti, pare acconcio recuperare un concetto di «trasferimento»: non, ovviamente, nel senso di compravendita di beni «virtuali» per le anzidette ragioni bensì del contratto fra utente e titolare del software da cui origina il «bene». In altre parole, all'atto della «compravendita» (in termini tecnici) del bene virtuale l'utente alienante trasferisce all'utente acquirente la propria posizione contrattuale, realizzando una comune cessione di contratto; giova notare, peraltro, che la facoltà di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto è solitamente già concessa all'utente dal titolare (nel caso del gestore della piattaforma, la si rinviene nel contratto di servizio), sicché non occorre che questi vi consenta di volta in volta⁵³.

La disciplina degli effetti e dei profili patologici segue logicamente la fattispecie, salvo verificare, in concreto, la legge applicabile in virtù dei criteri già più sopra esaminati nonché l'operatività delle disposizioni a protezione delle violazioni del diritto di autore, ove la condotta dell'utilizzazione ne integri gli estremi.

E in caso (malaugurato) di furto di «beni» virtuali? C'è il rischio che il ladro finisca in un carcere (reale), come è accaduto tempo fa ad un maldestro *hacker* olandese che aveva sottratto dalle stanze «virtuali» di alcuni utenti quasi 4.000 euro di arredi⁵⁴.

⁵² È il caso, ad esempio, del servizio di moneta virtuale concesso da *Linden Lab* agli utenti di *Second Life*. La «licenza d'uso» (così è definita) del programma «moneta virtuale» è disciplinata in alcune specifiche disposizioni del contratto di accesso al *social network*.

⁵³ Il regolamento d'uso di *Farmville*, per esempio, consente la compravendita di beni virtuali fra utenti attraverso la piattaforma virtuale ed esplicitamente vieta «and does not recognize any purported transfers of virtual property effectuated outside of the Service, or the purported sale, gift or trade in the 'real world' of anything that appears or originates in the Service, unless otherwise expressly authorized by Zynga in writing. Accordingly, you may not trade, sell or attempt to sell in-game items or currency for 'real' money, or exchange those items or currency for value of any kind outside of a game, without Zynga's written permission. Any such transfer or attempted transfer is prohibited and void, and will subject your Account to termination».

⁵⁴ *Virtual «theft» lead to arrest*, reperibile sul sito internet <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7094764.stm/>.

6. *L'associazionismo «virtuale»: i «gruppi» e la loro disciplina; le associazioni; le società*

L'aggregazione fra utenti in gruppi accomunati da identità di interessi è stato uno dei più diffusi risvolti del *web 2.0* fin dalle prime pionieristiche sperimentazioni, in particolare attraverso i siti di forum on line.

I moderni *social network* hanno ripreso e perfezionato questo sistema di interazione umana attraverso lo strumento dei «gruppi», che consiste nella possibilità per gli utenti di creare sulla piattaforma virtuale una pagina dedicata ad un determinato evento, personaggio, luogo, etc., allo scopo di promuoverlo, divulgarlo, pubblicizzarlo, oppure per riunire altri appassionati e confrontarsi o parlare delle rispettive esperienze, etc. Dalla politica al tempo libero, dallo sport alla musica, dalla scienza alla cultura, gli esempi non mancano, anche oltre i confini del lecito, e l'inesauribile fantasia delle persone riesce sempre a partorire idee nuove. L'uso delle funzionalità tipiche del *social network* permette poi un elevatissimo livello di partecipazione e coinvolgimento degli utenti, i quali possono scrivere messaggi, inserire immagini, fotografie, filmati o altri contenuti multimediali, «taggare» eventi o persone, etc. esattamente come sulle pagine personali dei propri amici.

Volendo osservare il fenomeno dal particolare angolo visuale del giurista, il pensiero corre immediatamente alla figura civilistica dell'associazione di diritto privato; tuttavia, come già abbiamo sperimentato, la possibilità di applicare regole dettate per istituti del mondo reale a fenomeni dell'universo virtuale richiede una delicata attività di ermeneusi finalizzata a verificare la compatibilità delle norme con la fattispecie concreta.

A tal fine, reputiamo opportuno premettere due considerazioni di ordine generale.

In primo luogo, qui non si vuole revocare in dubbio la libertà di associazione intesa nel suo senso più lato, cioè come autonomia della persona di condividere con altri uno scopo comune e di operare in maniera congiunta per conseguirlo o agevolare il conseguimento. Ciò è garantito dalla nostra carta costituzionale e da pressoché tutti gli ordinamenti nazionali moderni, sicché sarebbe sterile dibattere sul punto⁵⁵.

⁵⁵ Si veda, *ex plurimis*, M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. II, 2^a ed., Torino, Utet, 1999, p. 277 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, 2^a ed., Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 2006.

Per altro verso, non si deve confondere il gruppo «virtuale» creato in un *social network* con il gruppo «reale» che opera anche sul *social network*: se un'associazione privata dedita all'organizzazione di eventi ludici in una località di villeggiatura estiva crea un proprio profilo, al fine di mantenere i contatti fra i villeggianti e promuovere le proprie attività istituzionali, siamo fuori dal fenomeno che qui ci interessa. I confini sono peraltro labili: la conclusione è già meno sicura, ad esempio, se l'associazione crea sul *social network* un gruppo con il suo stesso nome, al quale aderiscano gli stessi associati ed eventualmente anche estranei, poiché in tal caso si crea una collettività virtuale di fatto distinta da quella reale, che della prima sarebbe, in realtà, anch'essa componente.

Così delimitato il campo di indagine, ci sembra che il cuore del problema consista nel determinare se un'aggregazione di utenti accomunati da un certo interesse e riuniti intorno ad un tavolo virtuale qual è la pagina del gruppo assuma una rilevanza autonoma dai suoi singoli componenti oppure se resti una semplice articolazione dell'agire del singolo utente all'interno della piattaforma del *social network*. La risposta dipende, con ogni probabilità, dal concreto atteggiarsi dei rapporti fra gli utenti: in altre parole, data la pressoché totale libertà organizzativa interna (la creazione di un gruppo esige semplicemente che un utente, anche individualmente, indichi un nome e definisca uno scopo) la possibilità di riconoscere o meno autonomia e soggettività ad un gruppo dipenderà inevitabilmente dalla presenza o dall'assenza di un'organizzazione corporativa oggettivamente apprezzabile.

L'analisi si sposta quindi sul terreno dell'autonomia privata e sui suoi limiti: in assenza di specifici divieti nelle disposizioni del contratto di servizio fra utente e gestore, non vediamo ostacoli ad ammettere che il fondatore del gruppo detti un regolamento organizzativo vincolante e assoggetti l'adesione di nuovi componenti all'accettazione dello stesso. Il regolamento potrebbe senz'altro ricalcare i tratti fondamentali dello statuto di un'associazione e disciplinare: *i.* il nome; *ii.* la sede (eventualmente distinguendo la sede legale presso un domicilio fisico e quella «operativa» nella pagina ospitata sul server della piattaforma); *iii.* l'oggetto sociale, con un livello di dettaglio più preciso di quanto le poche righe del *form* di creazione consentano; *iv.* i requisiti e la procedura di ammissione al gruppo; *v.* le regole di recesso ed esclusione dal gruppo; *vi.* la presenza di una assemblea dei membri con determinate competenze, le procedure per la convocazione, la riunione (virtuale) e il voto (eventualmente mediante forme di comunicazione scritta); *vii.* la costituzione di un organo amministrativo eletto dall'assemblea, determinandone le competenze ed i poteri; *viii.* l'attribuzione dei poteri di rappresentanza del gruppo, sia nei confronti del ge-

store sia nei confronti dei terzi esterni al *social network*; *ix.* la costituzione di un patrimonio, formato da contributi versati dagli associati in moneta «virtuale»; *x.* le cause di estinzione e le procedure di liquidazione del gruppo, in particolare con riferimento alla destinazione del patrimonio «virtuale»; *xi.* meccanismi di risoluzione endoassociativi delle liti (collegio dei probiviri, etc.); *xii.* la legge applicabile e il foro competente per le eventuali liti fra aderenti al gruppo o fra questi e il gruppo medesimo.

In presenza di un *corpus* regolamentare convenzionale di siffatto tenore, o anche soltanto di una parte di esso, ma tale da rendere obiettivamente individuabile il gruppo quale ente distinto dai suoi aderenti, par lecito ritenere che le eventuali lacune di disciplina del fenomeno associativo possano essere colmate ricorrendo all'analogia, nei limiti di compatibilità con le peculiarità del caso.

Più complessa la risposta qualora, per contro, manchi del tutto un regolamento del gruppo, circostanza che si verifica nella quasi totalità dei casi. Per un verso, è chiaro che non si può parlare di fenomeno associativo, neppure di fatto, difettandone i requisiti minimi essenziali⁵⁶; per altro verso, escludere qualsiasi rilevanza giuridica del fenomeno pare eccessivo: l'aggregazione di una pluralità di utenti intorno ad un comune centro di interessi, quand'anche non assuma connotati più strutturati, è pur sempre un «fatto» dal quale possono anche gemmare effetti che l'ordinamento può riconoscere e proteggere.

Senza dubbio, nel caso qui in esame il gruppo è un mero fenomeno sociale, un'articolazione delle possibili manifestazioni dell'interazione personale fra individui riconducibile nell'alveo dei rapporti di cortesia. Ciò nondimeno, è possibile che l'adesione al gruppo sia indotta da motivazioni economicamente apprezzabili (ad esempio, la possibilità di acquistare prodotti o gadget di un determinato evento o marchio con particolare sconto, etc.). Se così è, pare ragionevole ritenere che l'aderente nutra aspettative giuridicamente apprezzabili nei confronti di ciascuno degli altri aderenti, e che pertanto il gruppo assuma una veste *lato sensu* «negoziale» (il modello di riferimento più immediato è la figura del contratto aperto di cui all'art. 1332 c.c.), con conseguente possibilità per l'utente di tutelare la propria posizione ricorrendo ai rimedi contrattuali generali.

Un'ultima osservazione – prima di dedicare qualche parola ad un tema in parte già esaminato, quello delle società con scopo lucrativo (virtuale) – in merito ai problemi di giurisdizione e legge applicabile. Anche questo

⁵⁶ Si veda M. BASILE, *Gli enti «di fatto»*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. II, 2^a ed., Torino, Utet, 1999, p. 473 ss.

aspetto è connesso al concreto atteggiarsi della fattispecie: più precisamente, nel caso in cui il gruppo resti fenomeno associativo confinato all'interno del *social network*, le eventuali controversie insorgenti fra i suoi aderenti e relative a condotte assunte nella partecipazione al gruppo medesimo dovranno essere considerate come comuni controversie fra utenti, con conseguente applicazione delle norme di soluzione dei conflitti già più sopra esaminate. Nel caso in cui, per contro, l'aggregazione fra utenti assuma i connotati di un autonomo soggetto, verranno in gioco le norme di d.i.p. dettate per gli enti di diritto privato (per il diritto italiano, l'art. 25 legge d.i.p. e il Regolamento n. 1215/2012). In virtù di tali disposizioni, sarà competente per dirimere la lite il giudice del luogo ove l'ente ha sede statutaria, amministrazione centrale o centro d'attività principale e si applicherà la legge dello stato di costituzione ovvero, qualora in Italia sia situata la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'ente, la legge italiana.

Fin qui ci siamo occupati soltanto di associazioni. Pare opportuno domandarsi se i fenomeni di aggregazione di utenti sul *social network* possano spingersi alla creazione di enti con finalità lucrative, e la risposta parrebbe dover essere positiva, sia pure con la precisazione che – da un punto di vista di ricostruzione della fattispecie – ci si troverà di fronte a forme societarie rette dalle disposizioni delle società di persone, probabilmente irregolari, attesa la probabile impossibilità di procedere ad una registrazione dell'atto costitutivo presso il registro delle imprese.

Ma l'aggregazione di utenti sui *social network* si è spinta, in tempi più recenti, verso nuovi orizzonti ed oggi l'universo virtuale si popola anche di enti con scopo lucrativo (virtuale) quotati su mercati (anch'essi virtuali) e disciplinati da regole convenzionali che in buona misura ricalcano quelle presenti nei principali ordinamenti nazionali. È bene subito chiarire: si tratta di fenomeni che nascono e restano (per ora) confinati sulle piattaforme di *social networking* e che gli stessi ideatori presentano come forme evolute di simulazione della realtà *docendi vel ioci causa*; ciò nondimeno, è difficile derubricarli a innocui giochi di ruolo, non foss'altro che per i flussi di ricchezza (reale) che smuovono e che i singoli partecipanti sono disposti ad investire.

E si potrebbe ancora proseguire, ma la sensazione è di brancolare nel buio di un palcoscenico di un teatro delle ombre cinesi.

La società lucrativa virtuale come frontiera avanzata del commercio internazionale pare un fenomeno, al momento, ancora di nicchia, sebbene le cifre di capitalizzazione che circolano siano di tutto rispetto. È difficile prevedere se ed in che direzione si orienterà in futuro; di certo quello che

colpisce (e preoccupa) di questa *corporate governance* «virtuale» è l'assenza di meccanismi di coazione autoritativa e di controlli da parte di soggetti indipendenti. *Quis iudicabit, quis coercebit?* La risposta sembrerebbe «nessuno»: la *compliance* alle regole societarie è lasciata all'autodeterminazione del singolo utente-imprenditore ed è il mercato stesso che «sanziona» le violazioni.

Anche un gioco, per quanto condotto con animo disinteressato, richiede regole e autorità per farle rispettare; quando poi sono coinvolti interessi economici, anche di modesta entità, la debolezza della morale umana è facile preda degli istinti più avidi e cresce il rischio che il giocattolo si rompa. Le parole del CEO di WSE (la prima borsa valori virtuale, oggi cessata) suonano come un sinistro presagio di futuri *default*: «a market operated with ethics and anonymity rather than law and true identity cannot operate for long periods of time as the opportunity for personal gain by participants through deception and falsification is too tempting and attracts individuals without conscience».

7. «Like», commenti, feedback possono fondare aspettative giuridicamente tutelabili?

La difficoltà di verificare l'affidabilità della propria controparte nelle comunicazioni informatiche costituisce, ancora oggi, uno dei più seri disincentivi alle transazioni attraverso il *web*, quantomeno fra privati.

Il sistema ad oggi più utilizzato dai gestori delle piattaforme consiste nel referaggio interno (*feedback*) per cui sono gli stessi utenti che, al termine della transazione, valutano pubblicamente le proprie controparti, contribuendo a formarne la reputazione⁵⁷. Lo sviluppo dei *social network* ha moltiplicato questo fenomeno rendendo possibile all'utente giudicare o commentare qualsiasi evento, anche estraneo al *social network*, usando semplici funzioni dai nomi evocativi «Like» (su Facebook), «+1» (su Google+), etc.

In una prospettiva «sociale» si tratta senza dubbio di utilità apprezzabili, poiché consentono in effetti di attenuare le naturali barriere che si frappongono alla diffusione dell'uso di canali commerciali innovativi⁵⁸; ma i giudizi sono espressioni altamente soggettive e condizionate da circostanze e coin-

⁵⁷ Questo meccanismo è alla base, per esempio, del servizio di aste *on line e-bay* e, in generale, dei siti che fungono da intermediari fra domanda e offerta di beni o servizi.

⁵⁸ Per uno studio su questi aspetti cfr. R. IYENGAR - S. HAN e S. GUPTA, *Do Friends Influence Purchases in a Social network?*, reperibile sul sito internet http://papers.ssrn.com/sol3/pa-pers.cfm?abstract_id=1392172/.

cidenza a volte occasionali, sicché il rischio che si creino false rappresentazioni circa la reputazione di un prodotto, servizio o persona è elevato.

Ci si potrebbe allora domandare se gli utenti che abbiano espresso giudizi favorevoli in merito ad un servizio o ad un bene acquistato, oppure nei confronti della persona del prestatore del servizio o del venditore, tali da determinare un utente indeciso a rivolgersi a quel soggetto, possano essere chiamati a risponderne nel caso in cui quest'ultimo non sia all'altezza delle attese.

La risposta deve, a nostro avviso, essere negativa.

Vero è che il nostro ordinamento riconosce e tutela la posizione giuridica del soggetto che reputa probabile il verificarsi di un determinato evento favorevole alla luce delle circostanze del caso; si tratta, tuttavia, di situazioni del tutto eccezionali nelle quali l'aspettativa nasce (non da un fatto bensì) da una fattispecie giuridica in essere e in via di formazione⁵⁹.

Altro è, invece (ma qui il tema merita solo un cenno, esulando dal terreno dei rapporti contrattuali), se la condotta dell'utente o degli utenti che rilasciano commenti o valutazioni è qualificabile come una forma di pubblicità ingannevole, sanzionabile, ove ne ricorrano i presupposti, secondo le vigenti disposizioni a tutela del consumatore (secondo la legge italiana: artt. 18 ss. Codice del consumo).

V. I rapporti «trasversali»: cenni ed una precisazione

Nel presente paragrafo ci siamo prevalentemente occupati di rapporti contrattuali fra utenti del *social network* e solo in alcuni casi la nostra indagine ha preso in esame l'eventualità che l'utente, operando all'interno del *social network*, concluda accordi con soggetti terzi, diversi dal gestore della piattaforma.

Si tratta tuttavia di un'eventualità non infrequente, spesso accompagnata da una non precisa percezione della situazione da parte dell'utente stesso e per tale motivo meritevole di attenzione.

In effetti, nella generalità dei contratti di servizio di *social network* il gestore si premura di chiarire che all'interno della piattaforma potranno essere presenti o accessibili servizi erogati da terze parti, dei quali egli stesso non è responsabile, ed a partire ormai da qualche anno i principali *social network* hanno ammesso senza particolari restrizioni l'offerta da

⁵⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 226 ss.; A. C. PELOSI, *Aspettativa*, in *Digesto*, sez. civ., vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 465.

parte di terzi di contenuti e funzionalità (solitamente si tratta di applicativi come i giochi on line oppure di programmi, come ad esempio quelli che consentono di collegare fra loro diversi servizi di *social networking*). Complice l'adozione di particolari accorgimenti grafici, può accadere che il terzo veicoli informazioni decettive o non sufficientemente chiare, inducendo magari l'utente a credere che il servizio sia erogato dallo stesso gestore del *social network*. Sarebbe forse interessante approfondire il tema sul versante dell'eventuale responsabilità del *social network* per affidamento incolpevole dell'utente, ma ci porterebbe al di là degli obiettivi di questo contributo. Prescindendo dunque da questo particolare profilo, il rapporto contrattuale si instaura direttamente fra utente e terzo (spesso, d'altronde, all'utente si chiede di selezionare un *link* che indirizza ad una pagina esterna al *social network* stesso) e la circostanza che la piattaforma di *social network* abbia svolto una funzione di intermediazione agevolando di fatto l'incontro fra offerta e domanda non pare assumere un significativo rilievo giuridico⁶⁰.

VI. Esperienze «virtuali», tutela «reale»?

Concludiamo l'analisi fin qui condotta con una riflessione che accomuna trasversalmente i temi trattati ed investe il delicato problema del livello ancora insufficiente di regole e strumenti di tutela a favore dei soggetti che operano sulle piattaforme *social*, soprattutto nei confronti di quelle che realizzano forme più pervasive di esperienza virtuale.

Invero, nelle forme di realtà virtuale più «soft» l'utente sfrutta la piattaforma come mero veicolo di trasmissione della propria volontà per concludere rapporti contrattuali «a distanza», sottoposti quindi all'applicazione, diretta o analogica, delle regole di disciplina dei fenomeni negoziali virtuali già presenti in molti ordinamenti (si pensi alla disciplina dell'*e-commerce*, etc.); regole che appaiono in grado di assicurare un livello soddisfacente di tutela quantomeno quando l'utente rivesta i panni del consumatore, godendo in tal caso di un trattamento privilegiato nell'accesso alla

⁶⁰ Suscita invece più complessi interrogativi, ma sul terreno della *privacy*, la questione della profilazione degli utenti attraverso la memorizzazione delle preferenze o dei dati storici di navigazione nel *social network*, che consente ai terzi di elaborare e far comparire sulla pagina personale o sulle pagine visitate dall'utente pubblicità personalizzate; tale funzione è peraltro spesso offerta dallo stesso *social network* (si veda, come esempio illuminante, la pagina dedicata agli inserzionisti di Facebook: <http://www.facebook.com/advertising/>). Sul tema, J. HENDRY - K. GOODALL, *Facebook and the Commercialisation of Personal Information: Some Questions of Provider-to-User Privacy*, in M. GOODWIN - B-J. KOOPS e R. LEENES (eds.), *Dimension of Technology Regulation*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers (WLP), 2010.

giustizia (regola del foro del consumatore) e di norme sostanziali a proprio favore (si pensi alle nullità di protezione), anche se non è sempre detto che la tutela assicurata sia effettiva, poiché spesso il saldo fra costi e benefici della giustizia è negativo⁶¹. Di contro, in ipotesi di contratti conclusi «a distanza» fra utenti posti «sullo stesso piano», l'applicazione delle ordinarie regole di giurisdizione e legge applicabile conduce quasi sempre al risultato pratico di rendere assai difficoltoso, comunque costoso, spesso impossibile far valere i propri diritti. Sono questioni di cui si discute da tempo, anche nell'ottica della creazione di sistemi di giustizia alternativa che riducano sensibilmente i costi del processo, nel quadro più generale del commercio cibernetico.

Più grave appare, a nostro avviso, la condizione degli utenti delle piattaforme di *social networking* più sofisticate. Nel giro di pochi anni queste ultime hanno registrato ritmi di crescita elevatissimi e si sono venute sviluppando – lo abbiamo già osservato – come vere e proprie realtà parallele al mondo materiale animate da dinamiche sociali, economiche e politiche anche molto complesse e largamente assimilabili a quelle reali; ne sono testimone gli esempi, già esaminati, della creazione di istituti di credito o di borse valori virtuali, dello sviluppo del commercio di beni e servizi anche «reali», della nascita di istituti del diritto di famiglia come il matrimonio «virtuale», e così via.

A questa vertiginosa crescita non ha tuttavia fatto riscontro una parallela evoluzione di sistemi di regole di disciplina dei fenomeni ed il vuoto normativo venutosi a creare ha permesso in taluni casi il perpetrarsi di più o meno gravi abusi, violazioni e truffe, anche per centinaia di migliaia di dollari reali, a danno di sprovveduti utenti. Nello stesso tempo, finora nessun giudice o autorità pubblica si è espressa nel senso della assoggettabilità delle condotte tenute da utenti nel mondo virtuale ad una giurisdizione del mondo reale (facendo valere ciò che è pare davvero ovvio, e cioè che ogni atto di un *alter ego* virtuale sia riconducibile sempre all'agire di un essere umano), di fatto confinando questa porzione di realtà in un limbo giuridico.

Per parte loro, di fronte a questi eventi, i gestori delle piattaforme hanno riaffermato la fideistica filosofia dell'«autodeterminazione del popolo (della rete)», rifiutandosi – fatta eccezione per casi specifici⁶² – di introdurre

⁶¹ Su questo tema cfr. A.-L. CALVO CARAVACA - J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti business to consumer su internet nel diritto europeo*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 489 ss.

⁶² Pensiamo ad esempio alle *Land Policies* previste dal gestore della piattaforma *Second Life*.

re regolamentazioni specifiche per settori di attività e procedendo, se mai, a vietare l'esercizio di quelle che, in conformità alle leggi vigenti ad essi applicabili, richiedono certi requisiti o sono sottoposti a controlli pubblici (così è stato, ad esempio, per il gioco d'azzardo e per l'attività bancaria); e rifiutandosi di aderire a forme di gestione delle controversie, anche di natura conciliativa.

Eppure l'opzione per forme di autodisciplina del fenomeno potrebbe rivelarsi efficace, quantomeno in attesa dell'intervento di legislazioni nazionali e sovranazionali. E se questa fosse la strada, potrebbero forse essere mossi anche ulteriori passi nel senso della creazione di veri e propri organi giurisdizionali virtuali, un esperimento già tentato per iniziativa di utenti privati ma naturalmente fallito stante il carattere assolutamente volontario che ha, allo stato, l'accesso alla giustizia virtuale e l'assenza di strumenti di coercibilità delle decisioni. L'adozione di sistemi di ODR (*Online Dispute Resolution*) opportunamente regolamentati dal gestore e vincolanti per gli utenti che aderiscano al servizio riuscirebbe invece a garantire un livello adeguato di efficacia ed effettività della giustizia.

Quel che è certo è che sempre più spesso il diritto dovrà misurarsi con la realtà virtuale ed accettarne il ruolo di appendice della vita reale, con tutto ciò che ne consegue in termini di sistema giuridico di governo dell'agire umano in rete: i giudici oggi dispongono di strumenti idonei ad affrontare queste nuove sfide ma non dovranno essere lasciati soli, perché il loro ruolo naturale non è di creare diritto, bensì applicarlo; il rischio di pericolose derive emotive o di insanabili contrasti interpretativi è concreto: e a quel punto non sarà più possibile prescindere da un intervento dei legislatori nazionali e (forse più opportunamente) degli organismi internazionali.

Stefano A. Cerrato*

SINTESI

L'A. esamina il tema delle relazioni contrattuali fra utenti dei *social networks*. L'analisi prende avvio da una più ampia disamina della nozione fenomenologica di *social network* al fine di delinearne la descrizione giuridica. Nella

* Avvocato / Foro di Torino; Professore ordinario di Diritto Commerciale / Università di Torino

Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Bologna, 14-17 settembre 2017

seconda parte ci si focalizza su alcuni aspetti delle relazioni contrattuali fra utenti del *social network* (è dedicata attenzione particolare alla giurisdizione e alla legge di applicazione nelle controversie fra utenti dei *social networks*; al significato di «amicizia» nel sistema dei *social networks*; allo sviluppo potenziale del *social network* come strumento di impresa; alla natura dei beni virtuali e al significato di proprietà di beni virtuali nel mondo dei *social networks*; alle monete virtuali, con attenzione al fenomeno delle c.d. criptovalute; gruppi di utenti e socializzazione (associazioni e società).

Nelle conclusioni l'A. si interroga sulla fattibilità di un sistema di regole non legali (cioè create dal titolare della piattaforma di *social network*) per proteggere gli utenti che sono la parte debole del rapporto negoziale.

ABSTRACT

The A. examines the topic of the contractual relationships between social network users. The analysis starts from a broader point of view, as the Author draw the attention on the definition of the social phenomenon «social network» in order to lighten the limits of the legal concept. The second part of the essay focuses on some aspects of the contractual relationships between social network users (particular attention is drawn to jurisdiction and applicable law in contractual disputes between social networks users; the legal meaning of «friendship» in the social network system; the potential developments of the social network as an instrument of entrepreneurship; the nature of virtual goods and the legal meaning of «ownership» of virtual goods inside the virtual world; virtual money and bitcoin; groups of users and legal entity rules (associations; corporations).

In the conclusions, the A. examines the feasibility of a system of soft law rules (i.e., created by the owner of the social network platform) to protect the user, who is the weaker part of the contractual relationship.

I CONTRATTI ON LINE NEGLI USA: DISCIPLINA DI RIFERIMENTO E GIURISPRUDENZA

Sommario: **1.** Common Law Principles *sulla formazione dei contratti* - **2.** The Uniform Commercial Code Principles *sulla formazione dei contratti* - **3.** *Contratti on line* - **4.** *Decisioni delle Corti americane sui contratti on line* - **5.** *Operatività delle clausole arbitrali.*

1. Common Law Principles sulla formazione dei contratti

Secondo la Common Law americana riportata nel Restatement of Contracts l'elemento fondamentale per la conclusione di un contratto è la «manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration» così previsto dall'art. 17 rubricato «*requirement of a bargain*». La disciplina contrattuale delinea in via generale anche le caratteristiche che devono avere l'offerta e l'accettazione affinché possano determinare la valida conclusione di un contratto. In particolare, la forma dell'offerta viene così descritta «An offer is the manifestation of willingness to enter into a bargain, so made as to justify another person in understanding that his assent to that bargain is invited and will conclude it» mentre l'accettazione è trattata in questi termini: «may invite or require acceptance to be made by an affirmative answer in words, or by performing or refraining from performing a specified act, or may empower the offeree to make a selection of terms in his acceptance. Unless otherwise indicated by the language or the circumstances, an offer invites acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances».

L'aspetto evidenziato come rilevante perché possa esserci la valida conclusione di un contratto è la chiarezza nelle manifestazioni di volontà di volersi contrattualmente vincolare; chiarezza che deve esserci sia nella formulazione dell'offerta sia nella manifestazione di volontà di voler concludere il contratto.

2. The Uniform Commercial Code Principles sulla formazione dei contratti

La disciplina americana che più precisamente regola la formazione dei contratti diretti alla vendita di beni è, invece, dettata dall'Uniform Commercial Code (UCC). In particolare, per quanto riguarda la formazione dei contratti per la vendita di beni, in via generale l'articolo di riferimento è il 2 – 204 ai sensi del quale: «(1) a contract of sales of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract. (2) An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined. (3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy».

Questo articolo individua gli elementi fondamentali richiesti dall'UCC affinché un contratto di vendita possa dirsi validamente concluso e vincolante per le parti. Tre sono gli elementi essenziali: 1. offer, 2. acceptance e 3. consideration.

3. Contratti *on line*

Una volta ricostruito il quadro normativo di riferimento è necessario calare queste disposizioni nella disciplina della conclusione dei contratti «*on line*» e vedere quali principi e norme le Corti applicano nella decisione di controversie aventi ad oggetto la validità di contratti *on line*. Il principio affermato dalle Corti statunitensi in diverse occasioni stabilisce che: «the creation of online contracts has not fundamentally changed the principles of contract», così in *Resorb Networks, Inc. v. YouNow.com*, Supreme Court of New York, New York Country Apr 08, 2016 51 Misc. 3d 975; *Nguyen v. Barnes & Noble Inc.*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit Aug 18, 2014 763 F. 3d 1171; *Kwan v. Clearwire Corp.*, United State District Court for the Western District of Washington Dec 28, 2011 2011 U.S. Dist Lexis 150145. Questo comporta che, affinché un contratto *on line* possa dirsi validamente concluso e vincolante tra le parti, lo stesso dovrà presentare tutti quei presupposti che la legge qualifica come fondamentali elementi del contratto in generale. Il suddetto principio è chiaramente espresso nella pronuncia *Silicon Image, Inc. v. Genesis Microchip, Inc.*, United States District Court for the Eastern District of Vir-

ginia, Richmond Division Jul 15, 2003 271 F. Supp. 2d 840, nella quale la Corte ha così statuito: «closely related to the concept of intent in contract interpretation is the principle of mutual assent as respects contract formation. Under this principle, in order for a normal settlement to be effective, it must comply with the normal rules of contract law and there must be a meeting of the minds as to the terms of the agreements. Assent is not mutual, unless the parties intend to agree upon the same thing in the same sense».

Una volta individuato il principio generale in materia contrattuale applicato anche ai contratti conclusi *on line* è opportuno soffermarsi sulla qualificazione delle diverse tipologie di contratti oggi esistenti. Detti contratti possono essere suddivisi in:

a. «*Click-wrap*» - È una tipologia di contratto nella quale la parte interessata alla conclusione dello stesso deve esprimere la propria accettazione dei termini e delle condizioni del contratto cliccando sul *form* presente *on line* «*I agree*» o manifestando in qualunque altro modo una accettazione espressa dei termini contrattuali esplicitati e resi noti nel sito internet, seppur non letti o neppure visionati. La Suprema Corte di NYC in una recente pronuncia del 2016, precedentemente citata, descrive in questi termini il contratto *clickwrap* «*clickwrap* refers to the assents process by which a user must click "I agree", but not necessarily view the contract to which he or she is assenting».

b. «*Browsewrap*» - Tale contratto è concluso tra le parti pur senza una espressa dichiarazione di accettazione da parte dell'utente ma attraverso il mero utilizzo del sito web nel quale i termini e le condizioni contrattuali dovranno essere accessibili attraverso un link o presenti sulla schermata del *web site*. La Suprema Corte di New York nella sentenza sopracitata così descrive questo contratto: «*browsewrap* exists where the online host dictates that assent is given merely using the site».

c. «*Scrollwrap*» - Affinché un contratto di questo tipo possa qualificarsi come validamente concluso è necessario che l'utente apra e scorra materialmente il testo del contratto *on line* e che dichiari di accettare i termini cliccando su «*I agree*». Anche questa tipologia di contratto è individuata dalla Suprema Corte di New York nella citata sentenza nella quale tale contratto è così descritto: «*scrollwrap* requires users to physically scroll through an internet agreement and click on a separate "I agree" button in order to assent to the terms and the conditions of the host website».

A prescindere dalla distinzione in queste diverse tipologie contrattuali, le Corti USA hanno dimostrato nell'ambito di controversie riguardanti la validità di contratti conclusi *on line* «regarding the enforceability of internet agreements» di prendere preliminarmente in considerazione in linea

generale la sussistenza degli elementi fondamentali richiesti dalla legge perché un contratto possa dirsi validamente concluso.

Il primo elemento soggetto alla valutazione da parte delle Corti USA è l'effettiva e concreta manifestazione di volontà delle parti alla conclusione di un contratto. Questa deve risultare in maniera chiara e deve essere sufficiente a garantire e a dimostrare che tra le parti si è creato un accordo secondo termini chiari che devono essere resi noti alle stesse. Tale principio viene sottolineato in numerosissime sentenze nelle quali le Corti puntualizzano il principio fondamentale secondo il quale in punto alla creazione di contratti *on line* perché ci sia la creazione di un contratto valido, deve esserci «*must be*» una manifestazione di reciproca volontà tra le parti che deve essere sufficientemente chiara per considerare le parti effettivamente in accordo con i termini contrattuali «*the creations of online contract. To create a binding contract, there must be a manifestation of mutual assent sufficiently definite to assume that the parties are truly in agreement with the respect to all material terms*». Dalle Corti viene, inoltre, precisato che: «*There must be an offer followed by an acceptance. In regard to online contracts, courts look for evidence that a website user had actual or constructive notice of the terms of using the website. Where the supposed assent to terms is mostly passive, as it usually on line, courts seek to know whether a reasonably prudent offeree would be on notice of the term at issue and whether the terms of the agreement were reasonably communicated to the user*». Questa citazione si riferisce alla sentenza della Suprema Corte di New York citata in precedenza ma viene ripresa anche in altre sentenze tra le quali *RBC Capital Mkts., LLC v. Highland Capital Mgmt., L.P.*, Court of Appeals of Texas, Fifth District, Dallas Dec 04, 2015 2015 Tex. App. Lexis 12364 nella quale la Corte precisa che generalmente le Corti prestano attenzione agli elementi fondamentali di offerta e accettazione per verificare se vi è effettivamente stato un incontro di volontà tra le parti sufficiente per determinare la valida conclusione di contratto «*generally, courts look to the basic elements of the offer and the acceptance to determine whether there is an objective meeting of the minds sufficient to give rise to a binding and enforceable contract*» e continua precisando che per determinare se un contratto esista occorre verificare se vi è stata tra le parti una manifestazione di assenso reciproco sufficientemente definito per stabilire se le parti siano in accordo con tutti i termini essenziali del contratto concluso «*whether such a contract exists depends upon whether there was a manifestation of mutual assent sufficiently definite to establish the parties were in agreement as to all material terms of the alleged contract*».

4. Decisioni delle Corti americane sui contratti *on line*

Una volta chiarito questo principio di natura generale le Corti si soffermano sui singoli aspetti tipici delle diverse categorie contrattuali esistenti – a. *clickwrap agreement*, b. *browsewrap agreement* and c. *scrollwrap agreement* – svolgendo considerazioni sostanzialmente differenti sulla validità degli stessi dipendenti dalla diversa natura dei contratti sottoposti al loro giudizio.

In particolare, la differenza esistente tra le due tipologie di contratto «*clickwrap*» e «*browsewrap*» viene così precisata nella pronuncia *Nicosia v. Amazon.com, Inc.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit Aug 25, 2016 834 F. 3d 220: «one common way of altering internet users to terms and conditions is via a clickwrap agreements, which typically requires users to click an "I agree" box after being presented with a list of terms or conditions of use. Clickwraps force users to expressly and unambiguously manifest either assent or rejection prior to being given access to the product. In contrast browsewrap agreements involve terms and conditions posted via hyperlink, commonly at the bottom of the screen and do not request an express manifestation of assent. In determining the validity of browsewrap agreements, Courts often consider whether a website user has actual or constructive notice of the conditions. Browsewrap provisions are generally enforced only if the website user had actual or constructive knowledge of the site's terms and conditions, and manifested assent to them».

Questa sentenza nel sottolineare la diversità tra le due modalità di conclusione dei contratti *on line* evidenzia la criticità propria del contratto *clickwrap* il quale richiede all'utente di manifestare la volontà di accettare le condizioni del contratto cliccando sulla finestra «*I agree*» ma senza che sia richiesta una qualche forma di verifica rispetto all'effettiva lettura da parte dell'utente dei termini e delle condizioni di contratto. In secondo luogo la sentenza tratta il contratto *browsewrap* precisando che tale tipologia si differenzia rispetto alla precedente poiché in tale ambito le condizioni di contratto sono visibili via *hyperlink* o direttamente sulla pagina del sito internet senza che ci sia una richiesta di esplicita manifestazione di volontà da parte dell'utente. In questo caso la Corte ha ritenuto che la determinazione della volontà della parte di concludere il contratto possa essere fatta discendere dalla consultazione del sito internet quando il sito internet dia concretamente pubblicità e notizia delle condizioni e dei termini del contratto.

Una analoga considerazione viene svolta nella pronuncia *Garcia v. Enter. Holdings, Inc.*, United States District Court of the Northern District of California, Oakland Division Jan 23, 2015 78 F. Supp. 3d 1125, nella

quale la Corte dopo aver svolto una distinzione tra le due diverse tipologie di contratto *clickwrap agreements* e *browsewrap agreements* precisa che: «unlike a clickwrap agreement, a browsewrap agreement does not require to user to manifest assent to terms and conditions expressly; rather, a party instead gives his assent simply by using the website. Where a browsewrap agreement is at issue, the terms of the agreement are binding, even if the user did not actually review the agreement, provided that the user had actual knowledge of the agreement or the web site put reasonably prudent user on notice of terms of the contract».

Una sentenza particolarmente significativa è *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y. 2001) U.S. District Court for the Southern District of New York – 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y. 2001) July 5, 2001. Con questa sentenza la Corte viene chiamata ad esprimersi in punto alla valida conclusione di un contratto *on line*. Nel decidere la Corte ha evocato il principio richiamato in diverse sentenze, secondo il quale per formare un contratto è necessaria una reciproca manifestazione di volontà, che potrà essere espressa in forma scritta, orale o attraverso il comportamento «to form a contract, a manifestation of mutual assent is necessary. Mutual assent may be manifested by written or spoken words or by conduct» e si è poi calata nella fattispecie del contratto in questione di natura *clickwrap* nel quale viene richiesto all'utente di manifestare la propria accettazione ai termini contrattuali cliccando sulla apposita icona «a click wrap license presents the user with a message on his or her computer screen, requiring that the user manifest his or her assent to the terms of the license agreement *594 by clicking on an icon». La sentenza riporta le argomentazioni usate dalla Netscape a sostegno della valida conclusione del contratto, la quale si è espressa in questi termini: «Netscape argues that the mere act of downloading indicates assent. However, downloading is hardly an unambiguous indication of assent. The primary purpose of downloading is to obtain a product, not to assent to an agreement. In contrast, clicking on an icon stating "I assent" has no meaning or purpose other than to indicate such assent to its license as a precondition to downloading and using its software is fatal to its argument that a contract has been formed». La Corte svolge una serie di valutazioni che permettono di comprendere quali siano in linea generale gli elementi soggetti al vaglio delle Corti e, in particolare, in punto alla concreta presentazione dei termini e delle condizioni contrattuali nel sito internet, che possano comportare una valida conclusione del contratto, svolge questa precisazione: «please review and agree to the terms of the Netscape smart Download software license agreement before downloading and using the software. *596 Couched in

the mild request, "Please review"». Tale espressione secondo la Corte non determina l'esistenza di una condizione nella lettura dei termini contrattuali ma si sostanzia in un mero invito alla lettura degli stessi. Pertanto, questo linguaggio, non è chiaro nell'indicare che l'utente deve accettare i termini prima di scaricare e di utilizzare il programma «this language reads as a mere invitation, not as a condition. The language does not indicate that a user must agree to the license terms before downloading and using the software». La Corte prosegue poi in questo senso: «while clearer language appears in the License Agreement itself, the language of the invitation does not require the regarding of those terms or provide adequate notice either that a contract is being created or that the terms of the License Agreement will bind the user». La sentenza è, dunque, interessante in quanto analizza concretamente il linguaggio con il quale i contraenti vengono invitati a leggere i termini e le condizioni ed ha, pertanto, un taglio molto concreto che permette di comprendere quanto sia rilevante in questa tipologia di contratti dare una chiara evidenza alle condizioni contrattuali che devono essere rese conoscibili al contraente.

5. Operatività delle clausole arbitrali

Tra le diverse questioni riguardanti i contratti *on line* un argomento di particolare rilevanza sul quale le Corti americane si sono dovute esprimere in numerose occasioni è l'operatività delle clausole arbitrali contenute in contratti *on line*.

Questo aspetto è di fondamentale rilevanza per le parti, le quali, con la sottoscrizione di una clausola arbitrale, derogano la giurisdizione delle Corti in favore di un collegio arbitrale al quale, qualora la clausola sia nei loro confronti vincolante, verrà rimessa la decisione della controversia.

Nelle pronunce riguardanti la validità di clausole arbitrali contenute in contratti *on line* le Corti hanno dimostrato di tenere prevalentemente in considerazione la sussistenza di una effettiva volontà della parte di vincolarsi alla clausola arbitrale contenuta nei termini e nelle condizioni di contratti nei quali deve essere data una chiara evidenza della clausola arbitrale. Questa particolare clausola, rivestendo un carattere di estrema rilevanza, deve essere ben evidenziata e portata all'attenzione del contraente.

Questo principio viene ben espresso nella pronuncia *Hubbert v. Dell Corp.*, 359 Ill. App. 3d 976, Appellate Court of Illinois, Fifth District, August 12, 2005. Detta sentenza offre un interessante spunto in quanto si tratta di una decisione in appello nella quale, oltre ad essere espresse molto puntualmente le difese delle parti, vengono riportati i passaggi decisionali

della pronuncia di primo grado nella quale la Corte aveva statuito che le parti non potevano considerarsi vincolate alla clausola arbitrale contenuta nei termini e nelle condizioni contrattuali evidenziate sul sito internet mentre la Corte di secondo grado si è, invece, pronunciata affermando che la clausola arbitrale deve ritenersi valida e conosciuta dai contraenti. La Corte di secondo grado si è pronunciata in questi termini: «*the trial court erred in determining that the defendant's arbitration agreement was not a part of the parties' on line contract, in denying the defendant's motion to strike, and in holding that the arbitration agreement was both procedurally and substantively unconscionable*». I due differenti aspetti che la Corte ha trattato in punto alla clausola arbitrale sono la «*validity of arbitration agreement*» e l'aspetto riguardante «*arbitration agreement unconscionable*».

I convenuti hanno sostenuto che la Trial Court avrebbe errato nel ritenere la clausola arbitrale contenuta nei termini e nelle condizioni contrattuali fuori dal contratto. Questi hanno precisato che la clausola, contenuta nei termini e nelle condizioni contrattuali era consultabile attraverso «*a blu hyperlink*», inoltre, i medesimi termini erano contenuti nella confezione del prodotto acquistato e spedito ai contraenti. Pertanto, questi elementi avrebbero dovuto determinare che le parti fossero validamente legate da una clausola arbitrale. Gli attori hanno, invece, sostenuto che la mera previsione di condizioni sul sito internet non poteva ritenersi idonea a vincolare le parti alla clausola arbitrale. La Corte di primo grado ha ritenuto che i termini e le condizioni non fossero stati adeguatamente comunicati agli attori. Pertanto, la Corte aveva in primo grado statuito che i termini e le condizioni contrattuali e di conseguenza la clausola arbitrale non doveva considerarsi parte del contratto *on line*.

La Corte di secondo grado ha invece ritenuto che:

1. i termini e le condizioni contrattuali fossero conoscibili poiché accessibili attraverso un *hyperlink* chiamato «Terms and Conditions of Sale» presente sul sito internet, il quale rimandava il contraente ad una differente pagina, dunque, con una struttura simile a un contratto «*multipage written paper contract*»;

2. l'*hyperlink* potesse considerarsi messo in evidenza e quindi «*conspicuous*», poiché di colore blu e con la clausola arbitrale parzialmente con lettere maiuscole, così come la sezione dei termini e delle condizioni contrattuali. Nonostante non si trattasse di un requisito richiesto;

3. persone in grado di usare il computer avrebbero dovuto sapere che cliccando l'*hyperlink* avrebbero potuto avere più informazioni.

La Corte di secondo grado ha così ribaltato la decisione assunta dalla Corte di primo grado ritenendo le condizioni contrattuali ben evidenziate e

accessibili agli attori e, pertanto, conoscibili dagli stessi; di conseguenza, ha ritenuto i termini e le condizioni, contenenti la clausola arbitrale, parte del contratto concluso tra le parti.

Il secondo aspetto sul quale la Corte di secondo grado è stata chiamata a pronunciarsi è relativo alla natura «*unconscionable dell'arbitration agreement*». Ovvero la clausola pur ritenuta vincolante tra le parti non sarebbe stata applicabile poiché proceduralmente e sostanzialmente irragionevole.

La Corte nel pronunciarsi su questo aspetto ha sottolineato che la disciplina della irragionevolezza viene applicata ad un accordo riguardante l'arbitrato così come viene applicata a tutti gli altri contratti. Pertanto, se la clausola è irragionevole non sarà applicata. La Corte di primo grado su questo punto aveva affermato che la clausola arbitrale dovesse ritenersi irragionevole in quanto contenuta in un contratto di adesione. Quest'ultima, partendo dal presupposto che il contratto di adesione è un contratto nel quale una parte non ha alcun potere o possibilità di cambiare i termini contrattuali, ha ritenuto che la clausola arbitrale fosse proceduralmente irragionevole. Ma la Corte di secondo grado in un inciso precisa che il contratto di adesione non determina automaticamente che le clausole in esso contenute debbano considerarsi «*unconscionable*». Non solo, la difesa di parte attrice ha, inoltre, sostenuto che la clausola arbitrale dovesse considerarsi non ragionevole in quanto l'arbitrato avrebbe privato gli attori dei propri diritti e dei propri rimedi – azioni esperibili.

Su questo punto la sentenza ha concluso in questi termini: «*finally the court found that the defendant's arbitration agreement results in favorable decision for the defendant "on an inordinate basis". The defendant provided evidence to the trial court that in a three year period, 5 disputes out of 20 went to arbitration. Of five disputes that were arbitrated, the defendant won two and lost three of disputes. These do not appear to be results favorable to the defendant on an inordinate basis. The trial court's finding that the defendant's arbitration agreement was unconscionable was error*».

Questa sentenza è particolarmente utile in quanto ci permette di comprendere due differenti prospettive con le quali le Corti hanno esaminato gli elementi fondamentali riguardanti la conoscibilità e la validità di una clausola arbitrale contenuta in un contratto *on line*. L'aspetto che rileva è l'oggetto dell'indagine, in quanto, l'attenzione delle Corti si è focalizzata sulla conoscibilità della clausola arbitrale. Difatti, le condizioni contrattuali e i termini devono essere conoscibili e messi in evidenza. La parte chiamata ad accettare le condizioni contrattuali deve essere messa nelle condizioni di conoscere i termini del contratto ma questo aspetto ha trovato all'interno del medesimo contratto due differenti valutazioni. Questo a sotto-

lineare come l'elemento della conoscibilità sia un fondamentale elemento che si presta però a diverse interpretazioni da parte delle Corti. L'altro importante aspetto trattato nella precedente pronuncia è la ragionevolezza della clausola arbitrale che viene ritenuta tale dalla Corte di secondo grado, mentre la Corte di primo grado aveva statuito per la irragionevolezza della medesima clausola. Anche questo elemento ci permette di comprendere come tali aspetti possano essere soggetti a differenti valutazioni da parte della Corte. L'elemento che qui interessa è la considerazione del fatto che la validità e l'applicabilità di una clausola arbitrale contenuta in un contratto *on line* dipendono dalla sua conoscibilità e dalla ragionevolezza della stessa, elementi che possono essere, però, soggetti ad una differente valutazione da parte delle Corti poiché privi di una precisa disposizione che delinea in quali modalità debba essere data pubblicità ai termini contrattuali ed a clausole di questa rilevanza.

In una recente pronuncia *Campinha-Bacote v. AT&T Corp.*, 2017 – Ohio – 5608, Court of Appeals of Ohio, Thent Appellate District, Franklin Country, June 29, 2017, la Corte di secondo grado ha confermato la decisione assunta dalla Trial's Court dichiarando la clausola arbitrale «*enforceable*» ovvero applicabile alle parti ed affermando inoltre che: «*a "click-wrap agreement" is an acceptable method to manifest assent to the terms of an agreement*». La Corte ha ritenuto il linguaggio utilizzato nei termini e nelle condizioni contrattuali chiaro nel sottolineare che il contratto conteneva una clausola arbitrale che in parte era ben evidenziata poiché scritta in lettere maiuscole e veniva, inoltre, precisato che i consumatori avrebbero dovuto accettare i termini contrattuali come condizione per avere i servizi desiderati. La Corte di secondo grado ha così ritenuto la clausola arbitrale valida rigettando l'istanza degli appellanti e confermando la sentenza di primo grado.

Gisella Levi Caroti*

SINTESI

Il principio fondamentale in materia contrattuale del diritto americano è la chiarezza nella manifestazione di volontà delle parti di volersi contrattualmente vincolare.

* Partner / Herzfeld & Rubin, P.C.

Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Bologna, 14-17 settembre 2017

Questo principio, stabilito sia dalla *common law* sia dall'*Uniform Commercial Code (UCC)*, si applica anche ai contratti *on line*, siano essi *click-rap*, *browserap* o *scrollrap*.

Recentemente le Corti hanno riaffermato questo principio, disponendo che per la formazione del contratto è necessaria la reciproca volontà delle parti che potrà essere espressa in forma scritta, orale, o attraverso un comportamento. Mentre è chiara l'accettazione nei contratti *on line* nei quali basta cliccare su un'icona, sono sorte discussioni sul «*downloading*» delle condizioni contrattuali e se questo costituisce consenso. Inoltre, le Corti hanno analizzato con particolare attenzione il linguaggio contenuto nelle clausole arbitrali *on line* perché l'accettazione delle stesse costituisce rinuncia alla giurisdizione delle Corti.

ABSTRACT

To establish the formation of a contract under American law, the manifestation of mutual assent to the terms of the contract is required. This principle, established both by the common law and by the Uniform Commercial Code, is also applicable to online contracts which may be classified click-rap, browserap or scrollrap.

Recently the American Courts have confirmed this principle stating that the creation of online contracts has not fundamentally changed the principles of contracts. Under this principle there must be a manifestation of mutual assent to be expressed in writing, orally, or by conduct. While the acceptance is clear in the online contracts requiring the clicking of an icon, the mere downloading of the terms of the contract can or not be considered an acceptance. Moreover, the Courts have paid particular attention to the arbitration clauses included in online contracts because the acceptance of the same constitutes a waiver to the jurisdiction of the Courts.

IL LAVORO AL TEMPO DELL'E-COMMERCE

Sommario: *Premessa - 1. Subordinazione e autonomia nell'evoluzione del sistema sociale - 2. Il lavoro nell'industria 4.0 - 3. Il «lavoro agile» («Smart Working») - 4. Considerazioni finali.*

Premessa

Per celebrare degnamente il trentesimo Convegno annuale dell'AIGLI, l'Associazione ci chiama a dibattere ed analizzare un tema di notevole spessore e non facile lettura, tenuto conto dell'esponentiale esplosione negli ultimi tempi del fenomeno del commercio elettronico, alla quale non è corrisposta una pari produzione normativa nazionale e comunitaria.

I contratti digitali stipulati nell'esercizio ordinario d'impresa non sopportano i soli strumenti ermeneutici codicistici, e non consentono l'applicazione *sic et simpliciter* delle ordinarie clausole di salvaguardia e tutela del contraente più debole.

Mi sono posto l'obiettivo di studio, di verificare gli effetti sul contratto di lavoro dell'economia di «*e-commerce*» (o meglio «commercio elettronico») in virtù del principio fondamentale di italianità dell'AIGLI).

Come vedremo, l'analisi giuslavoristica alza il velo sugli effetti, a volte devastanti, dell'attività economica via etere sull'esistenza stessa del contratto di lavoro subordinato come lo abbiamo conosciuto e studiato nell'ultimo secolo.

Lo sviluppo, ormai inarrestabile e prevalente, della attività economica-produttiva globalizzata in ambito di *e-commerce*, pone problemi di non semplice soluzione in materia di tutela dei diritti e di regolamentazione dei nuovi lavori.

In epoca di "frammentazione organizzativa del lavoro", lavorare per una impresa diversamente organizzata, rispetto al modello tradizionale tipizzato nei codici, o per una piattaforma tecnologica, induce a ragionare su temi, problematiche ed esigenze nuove.

1. Subordinazione e autonomia nell'evoluzione del sistema sociale

In questa prospettiva il Legislatore italiano – nell'ambito dei provvedimenti del c.d. «Jobs Act» – con l'art. 2, comma 1, del dlgs n. 81/2015¹ ha modificato i confini tradizionali del lavoro subordinato come disegnato dall'art. 2094 c.c.² estendendo tutte le tutele ad esso connesse (retributive ex art. 36 Cost. it.³ e previdenziali) alle nuove figure lavorative nascenti dal mutato contesto sociale e produttivo, attraendo nell'ambito della disciplina garantista del lavoro subordinato anche tutte le prestazioni «organizzate dal committente».

Tanto anche alla luce della recente sentenza della Corte di giustizia europea sugli "orchestrali" del 4 dicembre 2014⁴ secondo cui «la caratteristica essenziale di tale rapporto è la circostanza che una persona fisica, per un certo periodo di tempo, fornisca a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione».

Questa nuova disciplina scalfisce il principio della indisponibilità (ed inderogabilità) del contratto di lavoro subordinato, vigente nel nostro ordinamento, già intaccato dall'art. 8 legge n. 148/2011 «Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità» (che consente alla contrattazione di territorio di derogare anche a disposizioni di legge e/o di contrattazione collettiva nazionale).

¹ «A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

² «È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore».

³ «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi».

⁴ Causa n. C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Regno d'Olanda*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2014, EU:C:2014:2411.

2. Il lavoro nell'industria 4.0

Con questa definizione ci si riferisce al processo di trasformazione della produzione industriale derivante dalla capillare diffusione delle tecnologie digitali. Il Governo italiano ha presentato nel settembre 2016 un «Piano nazionale Industria 4.0», prevedendo una serie di misure dirette a favorire gli investimenti per l'innovazione e la competitività.

Nel delineare le strategie per il futuro, il Parlamento Ue invita gli Stati membri a sviluppare sistemi di istruzione e formazione più flessibili, in modo da garantire una corrispondenza tra le strategie delle conoscenze e le esigenze dell'economia e della robotica, e a puntare sul sostegno ai giovani e in particolare alle donne per una carriera professionale nel digitale, richiamando l'attenzione sulla previsione della Commissione secondo cui entro il 2020 l'Europa potrebbe trovarsi ad affrontare una carenza di professionisti nel settore delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione, c.d. TIC, e sul fatto che il 90% dei posti di lavoro richiederà competenze digitali almeno di base.

Accanto agli effetti positivi che i cambiamenti in atto possono portare, tra cui vengono menzionati da un lato la nascita di nuovi lavori e all'opposto la liberazione dal lavoro, vi sono quelli negativi, tra cui la perdita di posti di lavoro a seguito dell'aumento dell'uso dei robot, le conseguenze negative sulla sostenibilità dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri, l'aumento dei nuovi rischi per la salute, la sicurezza e la dignità dei lavoratori dovuti ad un aumento dell'interazione tra esseri umani e robot sui luoghi di lavoro⁵.

«Il mio capo è un algoritmo»⁶ è ormai uno *slogan* efficace che descrive gli effetti sui rapporti di lavoro delle attività che utilizzano piattaforme digitali (emblematico è il caso di *Uber* riabilitato in Italia da un recente provvedimento del Tribunale di Roma del 26 maggio 2017).

Il problema giuridico giuslavoristico è comprendere se queste piattaforme, che operano tramite algoritmi, svolgono un mero servizio di inter-

⁵ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL); *amplius*, sul tema degli effetti della robotizzazione sul lavoro, sulla disoccupazione e sul tempo libero (anche detto "disponibile"); P. SYLOS LABINI, *Nuove Tecnologie e disoccupazione*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 199-220; sugli effetti della c.d. sostituzione tecnologica, non si può non rinviare a J. RIFKIN, *La società a costo marginale zero. L'internet delle cose, l'ascesa del «commons» collaborativo e l'eclissi del capitalismo*, Milano, Mondadori, 2014, pp. 169-187, laddove si parla enfaticamente dell'«ultimo lavoratore» e si evidenzia come «anche i lavoratori della conoscenza sono sacrificabili».

⁶ Dal celebre articolo di SARAH O' CONNOR apparso sul *Financial Times* il 7 settembre 2016.

mediazione tra domanda ed offerta o siano titolari anche del rapporto di lavoro sottostante, e, quindi, se possono essere considerati datori di lavoro, o per lo meno committenti dei lavoratori che operano per il tramite delle suddette piattaforme.

È in questa prospettiva che il nostro Legislatore con l'art. 2, comma 1, del dlgs n. 81/2015 «Collaborazioni organizzate dal committente» ha rivisto i dettati normativi del diritto del lavoro (specie per quanto attiene al concetto di subordinazione ex art. 2094 c.c.), adattandoli al mutato contesto sociale e produttivo, attraendo nell'alveo delle discipline del rapporto di lavoro subordinato anche le altre prestazioni autonome «organizzate dal committente», nella prospettiva della estensione generalizzata delle tutele.

Sul tema deve registrarsi un atteggiamento di maggior rigore nell'interpretazione dell'art. 2094 c.c. da parte della Corte costituzionale che con sentenza n. 76/2015 esige ai fini della individuazione della fattispecie della subordinazione «l'emanazione di ordini specifici inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indice generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in controllo costanti, in un'ingerenza idonea a svilire l'autonomia del lavoratore».

Ciò in contrasto del concetto più fluido di subordinazione delineato dalla giurisprudenza comunitaria secondo cui: «la caratteristica essenziale di tale rapporto è la circostanza che una persona fornisca per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima prestazioni in contropartita dalle quali riceve una retribuzione»⁷.

Questo processo di "liquefazione" del contratto di lavoro subordinato, per adattarlo alla pluralità delle nuove forme produttive, mette in crisi il principio di indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato, già avviato con l'introduzione della facoltà derogatoria introdotta dall'art. 8 l. n. 148/2011, e che aveva tollerato in passato solo l'enucleazione di discipline speciali quali il lavoro a domicilio, il lavoro sportivo, il lavoro del socio di cooperativa-lavoro.

3. Il «lavoro agile» («Smart Working»)

In questa prospettiva il Legislatore italiano ha varato la l. n. 81 del 22 maggio 2017⁸, entrata in vigore il 14 giugno 2017 (All. 1), ad oggetto «Tutela del Lavoro Autonomo». Questa legge, attesa da tempo, contiene tutele

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 2014 in causa n. C-413/13, *cit. supra*, nota 4.

⁸ In *Guri* n. 135 del 13 giugno 2017.

per una larga fascia grigia di lavoratori non subordinati, imponendo nell'ambito dei relativi contratti, diritti sinora previsti solo per il lavoro subordinato: preavviso nel recesso (art. 3), tutela delle invenzioni (art. 4), indennità di disoccupazione (art. 7), deducibilità delle spese per la formazione (art. 9), appalti pubblici per i servizi di consulenza (art. 12), indennità di maternità (art. 13), tutele previdenziali (art. 14).

Nell'ambito di questa legge, per il fine che ci occupa, viene regolamentato per la prima volta il «lavoro agile» (artt. 18 ss.), che introduce in Italia le regole dello «Smart Working» già presente in altri Paesi europei.

Questo istituto è finalizzato a «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 18), regola ipotesi di lavoro subordinato, e prevede espressamente un accordo tra le parti (nel senso che non può essere imposto dal solo datore di lavoro, né costituisce diritto soggettivo del lavoratore) (All. 2). Il lavoro agile, presenta notevoli potenzialità, essendo in grado di conseguire risultati positivi sul piano sia del rapporto individuale di lavoro sia sociale (si pensi ai benefici ambientali derivanti dai minori spostamenti per recarsi sul luogo di lavoro o al maggiore tempo a disposizione dei lavoratori per l'assistenza parentale).

C'è però il rischio dell'isolamento e del minore coinvolgimento del lavoratore nelle dinamiche aziendali, con conseguenze negative tanto sulla sua professionalità, nel senso di una minore possibilità di apprendimento del *know-how* attraverso il confronto con i colleghi, quanto sulla capacità di tutelare i propri diritti in forma organizzata.

Altro importante fattore di rischio è rappresentato dal c.d. *tecnostress*, sindrome che colpisce chi controlla continuamente la posta di lavoro attraverso i propri *device* tecnologici.

Da ultimo, il lavoro da remoto implica l'ineliminabile necessità per il datore di lavoro del monitoraggio continuo delle *performances* dello *smart worker*, il che può accentuare i rischi per la tutela della riservatezza.

La stessa norma prevede «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», che possono costituire elementi di disincentivo della nuova tipologia contrattuale, sia per il lavoratore, che vede nel «lavoro agile» l'opportunità di gestire autonomamente il proprio lavoro, sia per il datore di lavoro tenuto a verificare puntualmente il rispetto dell'orario di lavoro.

A tal fine si può ora, nella nuova versione dell'art. 4 Statuto dei Lavoratori, utilizzare gli stessi strumenti applicati ai lavoratori per lo svolgimento della loro prestazione lavorativa (*pc, notebook, tablet, smartphone, ecc.*), con le intuibili notevoli conseguenze per la violazione del Codice della Privacy e di tutte le prescrizioni emanate dal Garante della Privacy.

4. Considerazioni finali

Come abbiamo visto, il mutato rapporto tra persona e macchina, così come quello tra capitale e lavoro, determinano non solo un ripensamento delle categorie fondamentali del diritto del lavoro (a partire dalle nozioni codicistiche di «subordinazione» e «impresa»), quanto una alterazione del rapporto tra sviluppo tecnologico e sistema normativo legale, con ricadute sui nuovi rapporti di redistribuzione dei redditi.

Il tutto nel quadro reso più complicato dalla globalizzazione dei sistemi di produzione dei valori (e non solo dei mercati del consumo), che pone in discussione la stessa sostenibilità dei processi economici e produttivi e del lavoro.

L'analisi economica ha, in effetti, già efficacemente mostrato come le "fabbriche del futuro" non saranno singole aziende, bensì le città interconnesse e ad alta densità e concentrazione di risorse, tecnologie e competenze, rompendo definitivamente anche le barriere che separano la fabbrica (e i suoi muri) dalla scuola e dalla università come dai centri di ricerca e sviluppo e dalle *startup* innovative al fine di alimentare logiche di rete intese non come semplice somma quanto come moltiplicazione di valore, determinando quindi un aumento della competitività anche in presenza di ridotte dimensioni aziendali.

In tale contesto la stessa nozione giuridica di subordinazione, da tempo in profonda crisi, non è più in grado di intercettare e rappresentare un apporto lavorativo che, diversamente dai modelli di produzione di stampo fordista e tayloristico, supera le logiche verticistiche del comando e del controllo richiedendo anzi al prestatore di lavoro la capacità di lavorare con autonomia all'interno di cicli, e dunque per progetti e a risultato, con sempre minore rilevanza circa i modi, i tempi e persino i luoghi della prestazione di lavoro.

Si apre, quindi, una nuova era in cui si passa dal vecchio telelavoro, che conserva gli elementi di controllo e di subordinazione, ad un lavoro moderno da remoto o in mobilità, senza alcuna postazione fissa, aprendo lo spazio ad un ufficio virtuale, in cui l'elemento di contatto con l'impresa è l'accesso alle informazioni utili per eseguire la prestazione.

Si intensificano le situazioni caratterizzate da una mancanza di separazione tra vita e lavoro con una reperibilità costante, l'aumento dello stress lavoro correlato e un generale accrescimento del vincolo di subordinazione indiretto, che si manifesta in una disponibilità perpetua. Ciò ha fatto sorgere diritti post moderni come ad es. il diritto alla disconnessione.

Come conseguenza giuridica-dottrinale assistiamo al mutamento della funzione del diritto del lavoro, subalterno al diritto dell'economia.

Anche la contrattazione collettiva, che è stata storicamente nazionale, ha intrapreso la strada della internazionalizzazione, in forme diverse, non sempre coincidenti con quelle proprie dei contratti nazionali.

I primi contratti transnazionali hanno assunto varie dimensioni e contenuti, specie in ambito europeo. Accordi quadro che hanno affrontato grandi questioni sociali, talora finalizzate a integrare i contenuti delle direttive europee.

Quindi che fare?

La risposta è rintracciabile proprio nell'industria 4.0 e nella sua inevitabile logica di territorio e di reti di impresa, una logica di distretti della produzione e della conoscenza per cui la singola impresa non si basta più, ma funziona solo se diventa un nodo della rete globale della catena del valore assieme ad altre imprese con cui integrarsi, se è dentro una rete di intelligenze, di ricerca, di sviluppo, di progettazione di innovazione, se è in contatto diretto coi consumatori. È dal territorio (e non dalla singola impresa) che si entra nella catena globale del valore. È questa la sfida della rivoluzione 4.0. Una sfida che non è solo tecnologica, ma che pone al centro le persone intese non come monadi, ma come individui in rapporto e in relazione con gli altri, che vivono nei territori.

C'è una bellissima frase nel libro di *Enrico Moretti* sulla nuova geografia del lavoro, che tutti ripetiamo senza trarne le debite conseguenze: «perderà sempre più peso la fabbrica come luogo in cui si producono gli oggetti, mentre la fabbrica del futuro sono le aree urbane, i territori connessi laddove c'è capacità di aggregare»⁹.

Nicola Putignano*

SINTESI

L'azienda mira a verificare gli effetti sul contratto di lavoro retribuito, come regolato tipicamente dal nostro Codice Civile, della nuova economia "e-commerce", per verificarne la sopravvivenza sotto l'inarrestabile avanzata dell'attività economica globalizzata. Una piattaforma tecnologica pone nuovi problemi di classificazione ai fini della remunerazione e della sicurezza sociale.

⁹ E. MORETTI, *The New Geography of Jobs*, Boston-New York, The New Geographic of Jobs, 2012.

* Avvocato / Foro di Bari

Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Bologna, 14-17 settembre 2017

Il nuovo lavoro remoto lascia il posto ad un ufficio virtuale, dove l'unico rapporto con l'azienda è l'accesso a informazioni utili per l'esecuzione del servizio.

Sono in aumento le situazioni nelle quali vi è una mancanza di separazione tra vita privata e lavoro, con la conseguente necessità di regolare il diritto di disconnessione.

La sfida è mettere le persone al centro, anche nell'economia 4.0, e collegarle con le altre che vivono nel territorio, rispettando i diritti "ordinari".

ABSTRACT

The firm aims to verify the effects on the paid employment contract, as typically regulated by our Civil Code, of the new "e-commerce" economy, to verify its survival under the unstoppable advance of globalized economic activity. The qualification of work for a technological platform poses new problems of classification for the purposes of remuneration and social security.

The new remote work makes way to a virtual office, where the only relationship with the company is the access to useful information to perform the service.

There are increasing situations where there is a lack of separation between private life and work, with the consequent need to regulate the right to disconnect.

The challenge is to put people at the center, even in the 4.0 economy, and connecting them with others who live in the territory, respecting the "ordinary" rights.

COMMERCIO ELETTRONICO: STIPULA DI CONTRATTI PER VIA ELETTRONICA SECONDO LA NORMATIVA GRECA

Sommario: *Premessa - I. Quadro normativo - II. Procedura di stipula del contratto per via elettronica - 1. Informazione precontrattuale - 2. Conclusione del contratto e correzione degli errori - III. Pagamenti elettronici - IV. Vendite internazionali on line di beni mobili - V. Competenza internazionale e diritto applicabile ai contratti conclusi in rete.*

Premessa

Il consumatore greco va sempre più orientandosi verso gli acquisti *on line*, con un progressivo consolidamento, anche in Grecia, del commercio digitale. Si calcola che attualmente tre greci su dieci siano diventati acquirenti abituali di prodotti e servizi *on line*: il 29% dei consumatori *on line* in Grecia effettua più del 50% dei propri acquisti in rete, mentre nel 2015 tale percentuale si fermava al 25% e nel 2014 al 9%. Nel frattempo, la conversione dei greci alle pratiche *on line* è dimostrata anche dal fatto che il 10% degli acquirenti *on line* ha cominciato a fare acquisti in rete nel 2016. L'evoluzione del commercio elettronico in Grecia è confermata dalla ricerca annuale dell'ELTRUN (Laboratorio del Commercio elettronico e dell'Imprenditoria elettronica). Stando però alle raccomandazioni del *senior economist* della Direzione Concorrenza dell'OCSE, la Grecia è ancora molto indietro nel settore del commercio elettronico rispetto alla media dei Paesi UE, e si ritengono indispensabili l'ammodernamento e la revisione del quadro normativo che disciplina il commercio elettronico in Grecia.

I. Quadro normativo

Per commercio elettronico si intende il commercio svolto con strumenti elettronici, vale a dire quelle transazioni concluse interamente in internet senza che sia richiesta la presenza fisica delle parti contraenti (dell'alienante e dell'acquirente).

Nel giugno del 2000 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno emanato la direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico, che mira a garantire la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra Stati membri, tramite l'armonizzazione delle differenti normative degli Stati membri nel settore dei contratti per via elettronica. In particolare, la direttiva obbliga gli Stati membri a consentire, nell'ambito delle rispettive legislazioni, la stipula di contratti per via elettronica.

Il Decreto Presidenziale n. 131/2003 recepisce la direttiva di cui sopra nella legislazione greca. Con il decreto presidenziale viene disciplinata una serie di materie, tra le quali:

- *il mercato interno*: la circolazione dei servizi della società dell'informazione che provengono da un altro Stato membro è libera;
- *le informazioni*: i prestatori di servizi della società dell'informazione sono obbligati a fornire ai destinatari del servizio e alle autorità competenti un accesso agevole, immediato e continuo alle informazioni fondamentali riguardanti la loro attività: nome, indirizzo geografico, indirizzo di posta elettronica, numero di immatricolazione presso un registro di commercio, ecc.;
- *la libertà di accesso all'attività e di esercizio della stessa*: l'accesso all'attività e l'esercizio della stessa da parte del prestatore di servizi della società dell'informazione sono liberi;
- *le responsabilità dei prestatori intermediari di servizi*;
- *la composizione extragiudiziale delle controversie* nel caso di dissenso tra prestatore e destinatario di un servizio della società dell'informazione e
- *le sanzioni*: in caso di violazione delle disposizioni del D.P. vengono comminate le sanzioni previste dalla legge sulla tutela dei consumatori e dal Codice di regolamentazione del mercato.

In data 22 marzo 2017 è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* il Codice di deontologia del consumo con riferimento al Commercio elettronico (*Gazzetta Ufficiale* n. 969 B) come da disposto dell'art. 15 del D.P. n. 131/2003.

II. Procedura di stipula del contratto per via elettronica

1. *Informazione precontrattuale*

Con l'art. 9 del D.P. n. 131/2003 si istituisce l'obbligo, per il prestatore di servizi, di fornire le informazioni indispensabili affinché la procedura

di stipula dei contratti si svolga in modo inequivocabile e comprensibile. In particolare, esso stabilisce che, salvo diverso accordo tra le parti contraenti che non siano consumatori, il prestatore dei servizi deve fornire quanto meno le seguenti informazioni:

a. Prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, il prestatore dovrà spiegare al destinatario del servizio quali sono le fasi tecniche che conducono alla stipula del contratto. Egli, per esempio, dovrà informarlo se la proposta di conclusione del contratto va effettuata selezionando l'icona con il mouse o cliccando il tasto «OK» nella pagina web del prestatore oppure compilando un modulo d'ordine o ancora tramite l'invio di un messaggio di posta elettronica, e se la conferma dell'ordine sarà inviata al destinatario del servizio con un messaggio di posta elettronica o con modalità diverse e via dicendo.

b. Il prestatore deve inoltre informare il destinatario se procederà o meno all'archiviazione del contratto dopo la stipula, e se sia prevista la facoltà di accedere allo stesso. Al fine della protezione dei dati personali del destinatario dei servizi, questi deve essere informato su quali dei dati che egli fornisce al prestatore resteranno nel suo archivio e se gli sarà consentito l'accesso agli stessi, facoltà che gli viene attribuita anche dal diritto alla protezione dei dati personali.

c. In seguito dovrà informare il destinatario degli strumenti tecnici che permetteranno l'individuazione e la correzione degli errori di inserimento elettronico dei dati prima che egli inoltri l'ordine. Merita di essere sottolineato che non è sufficiente che il prestatore informi il destinatario dell'esistenza di tali strumenti, ma dovrà anche spiegarne le modalità di utilizzo.

d. In aggiunta a ciò, il destinatario dovrà essere informato circa le lingue in cui verrà stipulato il contratto, di modo che egli possa scegliere la lingua a lui più comprensibile o rifiutarsi di stipulare il contratto.

e. Infine, il prestatore è tenuto a menzionare i codici deontologici ai quali deve attenersi e gli elementi che permettono l'accesso, con strumenti elettronici, ai codici anzidetti.

Tale disposizione non è imperativa e le parti contraenti, se non sono consumatori, possono prevedere nel contratto clausole diverse. Inoltre, tale disposizione non si applica ai contratti stipulati esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o altre comunicazioni individuali equivalenti, come ad esempio le *chat room*. È comunque necessario che la stipula del contratto avvenga esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica e non a seguito della visita, da parte del destinatario, del sito del prestatore dei servizi. In altri termini, tale eccezione ha un senso nel caso in cui il prestatore dei servizi di commercio elettronico

abbia contattato il destinatario del servizio tramite un messaggio di posta elettronica, ed anche costui abbia inoltrato l'ordine tramite posta elettronica.

2. *Conclusioni del contratto e correzione degli errori*

Con quanto disposto dall'art. 10 del D.P. *a.* si istituisce l'obbligo in capo al prestatore dei servizi di accusare ricevuta dell'ordine del destinatario senza ingiustificato ritardo e per via elettronica, *b.* si stabilisce che l'ordine e la relativa ricevuta si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi e *c.* che il prestatore è tenuto a mettere a disposizione del destinatario del servizio strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili, tali da consentirgli di individuare e correggere errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine. A questo punto si specifica che le parti contraenti che non siano consumatori possono prevedere clausole diverse.

La presente disposizione è significativamente diversa dalla formulazione originaria della proposta di direttiva che disciplinava i tempi di conclusione del contratto e stabiliva che, essendo stato richiesto al destinatario di esprimere il proprio assenso utilizzando mezzi tecnologici, come ad esempio selezionando un'icona con il mouse, al fine di accettare la proposta di un prestatore di servizi, il contratto si sarebbe concluso nel momento in cui il destinatario del servizio avesse ricevuto dal prestatore, per via elettronica, l'avviso di ricevimento dell'accettazione del destinatario del servizio. La relativa disposizione è stata abrogata, ma se così non fosse avvenuto, ciò avrebbe comportato che l'offerta di prodotti o di servizi su internet non avrebbe più avuto la valenza di un invito a presentare proposte per concludere il contratto, ma quella di una proposta. Parimenti, anche l'ordine inoltrato dal destinatario sarebbe valso come accettazione, dato che, stando a tale impostazione, il prestatore dei servizi avrebbe dovuto confermare la ricezione dell'accettazione.

Ovviamente, anche il disposto dell'art. 10 ha conseguenze sulla conclusione dei contratti per via elettronica, giacché, come si mette in evidenza, qualora si trascuri di inviare l'avviso di ricevimento, è probabile che il contratto sia da considerarsi come non stipulato. È anche vero che dal semplice invio dell'avviso non si può dedurre che il contratto sia stato concluso, dato che il controllo dei prodotti disponibili viene spesso effettuato dal prestatore dopo l'invio dell'avviso di ricevimento.

III. Pagamenti elettronici

Per quanto riguarda le modalità di pagamento nelle transazioni elettroniche, i sistemi utilizzati sono il trasferimento elettronico di capitali, il pagamento con carta di credito e il pagamento con moneta elettronica, mentre alcuni negozi greci *on line* prevedono la possibilità di pagamenti alla consegna.

La modalità di pagamento più comune nelle transazioni tra imprese e consumatori (B2C) è certamente quella tramite carta di credito. Nella legge greca, per carta di credito si intende la tessera di plastica che permette al titolare di compiere pagamenti in punti vendita, prelievi o versamenti di banconote e operazioni annesse presso bancomat o sportelli automatici. In tale definizione rientra certamente anche la carta di credito, così come altri tipi di carta (carte di pagamento e carte intelligenti) con l'eccezione delle carte di garanzia per assegni.

Nelle transazioni attivate a distanza, quali sono, nella fattispecie, le transazioni via internet, il titolare della carta che risulta essere consumatore, trasmette gli estremi della propria carta alla controparte-fornitore, autorizzandola ad addebitare sulla carta l'importo corrispondente alla specifica transazione. In questo modo, il titolare della carta autorizza il fornitore a inoltrare un ordine di pagamento all'emittente della carta in nome e per conto proprio.

In aggiunta a ciò, una nuova applicazione utilizzata per i pagamenti *on line*, e che non presenta gli svantaggi della carta di credito, in particolare quello della insufficiente sicurezza nelle transazioni, è la moneta elettronica. Essa funziona grazie allo scambio di dati digitali tra computer, è anonima, anche se emessa da un istituto finanziario, e serve ad eseguire il pagamento di beni o di servizi nelle transazioni di natura elettronica. Il valore rappresentato dalla moneta elettronica assume la forma di unità monetarie digitalizzate che vengono inserite in un supporto elettronico o nella memoria di un computer. La ricarica di unità monetarie in forma elettronica avviene dietro il versamento di una somma in favore dell'emittente della moneta elettronica. In Grecia, fin dal 2002, si sono evoluti diversi sistemi di pagamento in moneta elettronica, che si avvalgono delle varie applicazioni collegate a questo tipo di moneta. Il quadro normativo che disciplina l'emissione di moneta elettronica è fissato dalla direttiva n. 2000/46/Ce, recepita dalla l. n. 2076/1992, come modificata dalla l. n. 3148/2003.

IV. Vendite internazionali *on line* di beni mobili

Una fattispecie particolare è rappresentata dalle vendite internazionali di beni mobili, cui è applicata la Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (Convenzione di Vienna). La Convenzione è stata ratificata con la l. n. 2532/1997 e prevale sulla legge ordinaria, vale a dire sulle norme del Codice Civile e della legislazione sul commercio.

V. Competenza internazionale e diritto applicabile ai contratti conclusi in rete

Secondo il disposto dell'art. 25, par. 1, comma α , del C.C. le obbligazioni contrattuali sono disciplinate dalla legge alla quale hanno deciso di assoggettarsi le parti. In tale disposto è sancito il principio dell'autonomia dei contraenti quale legame principale che stabilisce la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Di conseguenza le parti potranno decidere liberamente quale legge disciplinerà il contratto da loro concluso; tale volontà può essere espressamente prevista dal contratto ed essere inclusa nelle condizioni generali della transazione o sottintesa da una clausola di conciliazione che indichi il foro competente di un determinato Paese.

Dev'essere certamente sottolineato il fatto che le regole stabilite dal disposto dell'art. 25 del C.C. valgono solo nel caso in cui uno dei contraenti non sia consumatore.

Disposizioni particolari per la stipula di contratti di consumo tramite internet sono altresì sancite sulla base del Regolamento n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008 e riguardante la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I). Norma fondamentale del Regolamento è la libertà di scelta della legge applicabile effettuata dalle parti contraenti. Come previsto dall'art. 4 del Regolamento, nel caso in cui non si eserciti la scelta della legge applicabile, essa è determinata in base agli specifici elementi che caratterizzano il contratto, tra i quali sono compresi i seguenti criteri: *a.* il contratto di vendita dei beni è disciplinato dalla legge del Paese in cui il venditore ha la residenza abituale, *b.* il contratto di fornitura di servizi è disciplinato dalla legge del Paese in cui il prestatore di servizi ha la residenza abituale (...), *f.* il contratto di distribuzione è disciplinato dalla legge del Paese in cui il distributore ha la residenza abituale. Se non è applicabile nessuno degli anzidetti elementi, allora il contratto è disciplinato dalla legge del Paese in cui la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la propria residenza abituale.

Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un Paese diverso da quello indicato dai criteri di cui sopra, si applica la legge di tale diverso Paese.

Si pone poi la questione se competenti per la risoluzione delle controversie siano i tribunali greci o quelli di un altro Stato. Stando all'art. 3 del Codice di Procedura Civile, i tribunali greci hanno una giurisdizione internazionale generale, qualora siano territorialmente competenti. La competenza territoriale si fonda o sul criterio del foro del domicilio del convenuto o sul criterio dell'ambito territoriale di validità del negozio giuridico. Quest'ultimo viene delimitato con riferimento al luogo in cui è stato concluso il negozio giuridico o in cui dovrà avvenire l'adempimento della prestazione (art. 33 del Codice di Procedura Civile).

Ioannis Tsamichas*

SINTESI

Il consumatore greco va sempre più orientandosi verso gli acquisti *on line*, con un progressivo consolidamento, anche in Grecia, del commercio digitale. Per commercio elettronico si intende il commercio svolto con strumenti elettronici, vale a dire quelle transazioni concluse interamente in internet senza che sia richiesta la presenza fisica delle parti contraenti (dell'alienante e dell'acquirente). Il commercio elettronico in Grecia è regolamentato dalla direttiva n. 2000/31/Ce attualmente in vigore. Per gli aspetti non contemplati dalla citata direttiva si fa riferimento alle vigenti disposizioni del Codice Civile, alla legislazione relativa alla protezione del consumatore (se non si riferisce a «Business to Business») e alla legislazione relativa alla responsabilità del produttore.

ABSTRACT

In the last years, the interest of the Greek consumer for online markets has grown exponentially. As a result, electronic commerce (or e-commerce) is rapidly evolving and businesses are trying to adapt to these changes. E-commerce is the practice of buying and selling goods and services through online consumer

* Avvocato / Studio Legale Ioannis Tsamichas e Associati - via Akadimias 17 - 10671 Atene (Grecia) - www.tsamichas.gr

Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Bologna, 14-17 settembre 2017

services on the Internet. In such transactions, the products and services are sold through an electronic medium, without using any paper documents. E-commerce in Greece is regulated by the Directive on E-commerce 31/2000/EC as in force and effect. All aspects that are not regulated by the aforementioned Directive, are regulated by the provisions of the Greek Civil Code, the legislation for protection of consumers (if not a «Business to Business» transaction) and the legislation for manufacturer's product liability.

LA DISCIPLINA DELL'E-COMMERCE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO FRANCESE: NOVITÀ NORMATIVE

Sommario: **I.** *Il quadro normativo: la Loi Hamon* - **II.** *La riforma del Code civil* - **1.** *Le condizioni sostanziali* - **a.** *La trasmissione dell'informazione* - **b.** *La trasmissione dell'offerta* - **2.** *Le condizioni formali* - **III.** *Consigli pratici.*

I. Il quadro normativo: la Loi Hamon

Per fornire un quadro completo ed attuale della disciplina normativa dell'*e-commerce* in Francia occorre partire dall'analisi della *Loi Hamon*, n. 2014-344 del 17 marzo 2014, per poi analizzare le modifiche apportate in tale materia dalla riforma del codice civile.

Alla legge «Hamon» – e alla conseguente riforma del codice del consumo ex direttiva n. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 – bisogna prima di tutto riconoscere il merito di aggiornare la definizione del *contrat à distance* (contratto a distanza), nonché quello di definire il *support durable* (supporto durevole) necessario alla conservazione elettronica del contratto.

Per quanto riguarda il contratto a distanza, questo viene definito come «qualsiasi contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, nel quadro di un sistema organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza, senza che sia necessaria la presenza fisica simultanea del professionista e del consumatore, facendo ricorso esclusivo a una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto».

Per supporto durevole, indispensabile per la conservazione del contratto, viene invece inteso ogni strumento in grado di permettere al consumatore o al professionista di immagazzinare le informazioni scambiate nel corso della conclusione del contratto. È inoltre precisato che tale supporto deve permettere la riproduzione e la consultazione delle informazioni per un lasso di tempo adeguato ai fini per cui sono state fornite.

Alla *loi Hamon* – oramai integrata agli artt. L221-1 e seguenti del nuovo codice del consumo – si deve anche un maggior inquadramento del processo di conclusione di un contratto *on line*, soprattutto il rafforzamento delle regole in materia di identificazione del venditore (tramite l'indicazione obbligatoria di recapiti telefonici e di un indirizzo *e-mail* facilmente accessibile), di costo dell'utilizzo delle tecnologie di comunicazione, di utilizzo di un codice di buona condotta, e di indicazione esplicita dell'obbligo di effettuare pagamento durante il completamento dell'ordine da parte del consumatore, di solito tramite un pulsante di comando recante la dicitura «ordine con obbligo di pagare».

Uno dei punti principali di questa riforma rimane comunque la disciplina del diritto di recesso del consumatore, esteso da sette (7) a quattordici giorni (14), e in particolare l'obbligo di comunicare al consumatore un modello di formulario-tipo per recedere dal contratto. Il legislatore ha inoltre specificato che l'eventuale rimborso del cliente dovrà essere fatto entro quattordici (14) giorni dopo il recesso tramite lo stesso metodo di pagamento che il consumatore aveva utilizzato per effettuare l'ordine. È escluso tuttavia il rimborso tramite un buono *on line* nella misura in cui il buono da spendere non sia considerato come un metodo di pagamento *on line*.

A chiudere il quadro, l'introduzione di un formulario che spiega in modo dettagliato il contenuto e la durata delle garanzie proposte e la previsione dell'obbligo di comunicare la durata della disponibilità dei pezzi di ricambio.

II. La riforma del *Code civil*

La riforma del diritto francese dei contratti, delle obbligazioni e della prova ha conosciuto un combattuto percorso di elaborazione, durato una decina d'anni. In questo senso, dopo anni di conferenze, tavole rotonde, gruppi di lavoro – nelle università e al ministero della giustizia – la pubblicazione della *ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016¹ ha il sapore di un traguardo storico.

«Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi», diceva Tomasi di Lampedusa. In questo senso, nonostante la storica riforma, le norme applicabili ai contratti relativi al commercio elettronico non sono state sostanzialmente modificate. L'*ordonnance* del 2016 non ha fatto altro

¹ Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016.

che redistribuire nel codice civile i testi della legge del 21 giugno 2004² – vera *grundnorm* in materia – e dell’ordinanza del 2005³.

Da un punto di vista strettamente giuridico, i contratti elettronici non costituiscono una nuova categoria di contratto: non sono altro che contratti classici conclusi per via elettronica. Il che vuol dire, tra l’altro, che la normativa del contratto elettronico interessa tanto i contratti con il consumatore (*B to C*) che quelli tra professionisti (*B to B*). Le condizioni specifiche di formazione ed esecuzione del contratto elettronico si spiegano principalmente per la possibilità data agli acquirenti di ordinare per via – utilizzando un aggettivo caro al legislatore francese – *numerica*.

La riforma del codice civile ha dunque avuto, *a minima*, il merito di riorganizzare la disciplina applicabile al commercio elettronico in due categorie.

La prima riguarda le condizioni sostanziali (1.) e la seconda le condizioni formali (2.).

1. *Le condizioni sostanziali*

Prima particolarità per un giurista francese, la qualificazione del contratto sembra essere determinata dal processo di formazione del contratto più che dalle modalità di concreta esecuzione. Gli articoli da 1125 a 1127-6 del codice civile francese stabiliscono le regole che l’offerente deve rispettare affinché il contratto *concluso a distanza per via elettronica* possa essere considerato validamente concluso.

Possiamo distinguere in questo caso tra le regole attinenti alla trasmissione delle informazioni (*a.*) e quelle attinenti alla trasmissione dell’offerta (*b.*).

a. La trasmissione dell’informazione

Una formulazione omnicomprensiva - Secondo il disposto dell’art. 1125 del codice civile francese, la *via elettronica* può essere utilizzata per mettere stipule contrattuali o informazioni riguardanti i beni e/o i servizi oggetto del contratto, a disposizione del destinatario dell’offerta. La generalità di tale formulazione avrebbe l’effetto di far rientrare nel campo di applicazione di questo articolo tanto i documenti contrattuali *stricto sensu*

² La loi n. 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique che ha trasposto nell’ordinamento francese la direttiva europea del 8 giugno del 2000 («Direttiva sul commercio elettronico»).

³ Ordonnance n. 2005-674 du 16 juin 2005.

quanto le condizioni generali o ancora il semplice invito a negoziare⁴. Quanto al contenuto dell'informazione, questo può essere tanto giuridico quanto tecnico. Una tale previsione avrà un impatto notevole in materia di diritto dei consumatori? Sarà permesso oramai al professionista di trasmettere per via elettronica al consumatore tutte le informazioni previste dall'art. L111-1 del Codice del consumatore⁵. Per quanto riguarda il supporto della trasmissione, le informazioni devono essere trasmesse in modo tale da permettere alle parti la loro conservazione e riproduzione.

Informazione tramite sito internet e posta elettronica - Il testo fa inoltre riferimento alla *messa a disposizione*, che rappresenta una sorta di forma passiva di comunicazione. Ne deduciamo che le informazioni necessarie alla conclusione del contratto possono dunque essere comunicate tramite il sito internet dell'offerente.

In caso di trasmissione per posta elettronica, il destinatario dell'offerta deve aver potuto precedentemente accettare questo mezzo di comunicazione. Bisogna leggere questa norma in parallelo con il divieto di *spamming* e in particolar modo con l'art. L34-5 del *Code des postes et des communications électroniques* che prevede nel suo primo comma: «è vietata la commercializzazione diretta mediante chiamate automatiche, fax o e-mail utilizzando (...) le coordinate di una persona fisica senza il suo consenso». Nella pratica, il consenso del destinatario prenderà la forma di una casella da selezionare sul sito internet o ancora di una clausola contrattuale nella quale quest'ultimo riconosce di essere stato informato.

Per quanto riguarda le relazioni *B to B*, le informazioni possono essere comunicate tra le parti per posta elettronica qualora questi abbiano comunicato il loro indirizzo di posta elettronica. Una interpretazione estensiva del rapporto fatto al Presidente della Repubblica al momento della promulgazione della *ordonnance* del 2005 sembrerebbe suggerire che il professionista che ha comunicato il proprio indirizzo e-mail non può in seguito rifiutare la posta elettronica come mezzo di comunicazione⁶. Questa lettura ci sembra tuttavia eccessiva nella misura in cui significherebbe attri-

⁴ In materia di condizioni generali di vendita: CA Lyon, 1er ch. Civ. A, 7 avr. 2016, n. 14/01639.

⁵ Il nuovo art. 1112-1 del Code civil consacra l'obbligazione precontrattuale di informazione a carico delle parti: «(la partie) qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre (...) dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant». V. anche M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme*, JCP G 2016, 706.

⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.

buire un carattere di ordine pubblico all'art. 1127, il che non sembra essere ancora stabilito né dal legislatore né dalla giurisprudenza⁷.

b. La trasmissione dell'offerta

Le tappe da seguire per accettare l'offerta - Il nuovo art. 1127-1 del codice civile francese definisce il contenuto dell'offerta formulata da un professionista dell'*e-commerce*. Anche qui, nessuna rivoluzione: il testo riprende le condizioni poste dalla direttiva n. 2000/31/Ce. L'offerta deve indicare le differenti tappe che il destinatario deve seguire per poter concludere il contratto e permettere a quest'ultimo di avere un accesso facile, diretto e permanente alle informazioni riguardanti sia l'offerta che il professionista stesso. Queste ultime informazioni possono rivelarsi particolarmente precise, fino a comprendere, ad esempio, le coordinate dell'organizzazione professionale di cui il professionista fa eventualmente parte⁸.

L'ambito di applicazione: B2B e B2C - Le regole enunciate dall'articolo precitato si applicano solo in caso di offerta elaborata da un professionista; l'applicazione della norma è invece esclusa quando l'offerente è un privato. In altri termini, il nuovo art. 1127-1 del codice civile francese si applica nei rapporti *B to C*, *B to B* ma non nei rapporti *C to C* (da consumatore a consumatore).

Inoltre, nei contratti *B to C*, l'offerta *elettronica* dovrà rispettare anche le condizioni poste dagli artt. L.221-5, L.221-11 et L.221-14 del nuovo codice del consumatore e, ad esempio, indicare le condizioni e le modalità del diritto di recesso del consumatore. Anche in questo caso, il semplice fatto di mettere a disposizione tali informazioni dovrebbe essere sufficiente⁹. Tale regola dovrebbe valere ugualmente in materia di condizioni generali di vendita che, tra l'altro, dovrebbero poter rimanere accessibili al compratore anche dopo la conclusione del contratto¹⁰.

⁷ N. MATHEY, *Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique*, JCL Art. 1125 à 1127-6, 20017, p.7.

⁸ N. MATHEY, *Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique*, loc. cit., p. 15.

⁹ Cfr. CA Paris, 25 novembre 2010, n. 08/22287, *SA Karavel c. M et Mme C*, dove la Corte d'Appello di Parigi ha ritenuto che il "clic" di fine ordine convalida le condizioni generali di vendita e segna l'accettazione da parte degli utenti di internet quando una menzione chiara che compare sul modulo di ordine impone loro di consultarli e che, a questo scopo, viene fornito un collegamento ipertestuale.

¹⁰ V. J. HUET, *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, *Liber amicorum J. Calais Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 507.

La suddivisione dell'offerta in fasi differenti ha per fine quello di informare il consumatore sul processo di conclusione del contratto, dandogli, se necessario, la possibilità di correggersi.

Correzione e modifica dell'offerta - Ai sensi dell'art. 1127-2 del codice civile francese, il contratto s'intende validamente concluso quando il consumatore ha avuto la possibilità di controllare l'ordine, il prezzo definitivo ed eventualmente di correggere gli errori commessi durante la *procedura di conclusione del contratto*. Visto che il consumatore, con le sue correzioni, può modificare l'offerta, solo la seconda conferma è sinonimo di accettazione dell'offerta e di conclusione del contratto. L'onere della prova dell'effettiva accettazione dei termini del contratto graverà sull'offerente.

Le sanzioni - Per quanto riguarda le sanzioni in caso di non rispetto di queste disposizioni, bisogna fare un distinguo secondo che i destinatari dell'offerta siano i consumatori oppure i professionisti. Nel primo caso, ai sensi dell'art. L212-1 del codice del consumo, dovrebbe essere considerata come abusiva la clausola che renderebbe opponibili al consumatore delle disposizioni contrattuali di cui quest'ultimo non ha avuto effettiva conoscenza.

Nel secondo caso, una tale clausola potrebbe creare uno squilibrio significativo a danno della controparte e quindi essere sanzionata sul fondamento degli artt. L442-6, I,2° del codice del commercio e 1171 del nuovo codice civile. La differenza sul piano delle sanzioni sarà tuttavia sostanziale. Per il codice civile, la clausola di un contratto standardizzato che crea uno squilibrio significativo sarà reputata come non scritta. Più severo invece è l'art. L442-6, I,2: in caso di squilibrio significativo a danno della controparte, il ministro dell'economia e il pubblico ministero potrebbero chiedere al giudice competente, oltre che di constatare la nullità della clausola o ancora l'illiceità del contratto, la pronuncia contro l'offerente di una pena pecuniaria fino a cinque milioni di euro, che possono essere aumentati fino a tre volte la somma degli importi indebitamente versati o al 5% del fatturato realizzato in Francia al netto di imposte. Per quanto quest'ultima disposizione legislativa sia stata utilizzata, negli ultimi anni, contro gli abusi commessi nelle relazioni commerciali della grande distribuzione, nulla impedisce una sua estensione all'*e-commerce*. La recente giurisprudenza *Expedia*¹¹ sembra d'altronde suggerire una tale evoluzione.

In questo *affaire*, il tribunale commerciale di Parigi ha recentemente stabilito che l'art. L. 442-6, I,2° del Codice del commercio francese è una «norma di applicazione necessaria» ai sensi dell'art. 9 del Regolamento «Roma I». Una tale qualificazione ha permesso ai giudici parigini di non

¹¹ TC Paris, 07 mai 2015, RG. 201/000040.

applicare la legge inglese scelta dalle parti nel contratto al fine di prevedere, alla luce del diritto francese, l'applicazione di alcune clausole controverse contenute nel contratto concluso tra Expedia e gli albergatori. Ai fini della nostra analisi, questi ultimi – proprio come i fornitori alla mercé della grande distribuzione – possono oramai avvalersi più facilmente della protezione loro accordata dall'art. L. 442-6,I,2° in caso di squilibrio significativo tra le parti.

2. *Le condizioni formali*

Per quanto riguarda le condizioni formali che il contratto concluso in forma elettronica deve rispettare, queste sono enunciate agli articoli da 1174 a 1177 del nuovo codice civile.

Forma ad validitatem - L'art. 1174 stabilisce che l'atto scritto in forma cartacea ed in forma elettronica hanno la stessa valenza giuridica; la firma elettronica costituisce uno strumento certo di identificazione dell'autore fino a prova contraria; si può ricorrere alla forma elettronica per la trasmissione di un atto autentico emanato dall'ufficiale pubblico. Quindi qualora la forma scritta sia richiesta per la validità di un contratto, quest'ultimo può essere stabilito e conservato in forma elettronica.

La firma deve adempiere a due funzioni : identificare l'autore e manifestare la volontà di concludere l'atto. Qualora sia elettronica, la firma deve basarsi su un processo affidabile d'identificazione e garantire un legame logico tra la firma e l'atto a cui fa riferimento. L'attendibilità delle copie elettroniche si determina in base alle condizioni fissate dal decreto n. 2016-1673 del 5 dicembre 2016. Ad esempio, la copia elettronica è ritenuta attendibile se la sua data di creazione è precisata o se le eventuali modifiche apportate alla copia elettronica sono identificabili.

Limiti della forma elettronica - Tuttavia non si può ricorrere allo scritto in forma elettronica per atti di diritto della famiglia e delle successioni o ancora in materia di garanzie personali e reali, di natura civile o commerciale, salvo che questi atti siano compiuti per l'esercizio di un'attività professionale.

L'art. 1176 stabilisce, infatti, che qualora lo scritto cartaceo sia sottoposto a esigenze particolari attinenti alla sua leggibilità o presentazione l'atto elettronico debba conformarsi alle stesse condizioni.

Infine, l'obbligo di invio in più esemplari è adempiuto quando la pagina elettronica può essere stampata più volte dal destinatario.

Il mancato rispetto di queste condizioni formali è sanzionato con la

nullità del contratto. Tuttavia, considerando che la procedura contrattuale ha come obiettivo la protezione dell'interesse di colui che accetta il contratto, si può allora ritenere che si tratti di una nullità relativa.

Copie digitali - A tale proposito, il testo del nuovo art. 1379 è innovativo nella misura in cui prevede il principio secondo cui la copia «affidabile» ha la stessa forza probatoria dell'originale. In questo caso l'obiettivo è quello di seguire il passo dell'evoluzione tecnologica. In questo senso, «è ritenuta affidabile, fino a prova contraria, la copia dell'atto originale che è stata riprodotta in modo identico nella forma e nel contenuto e la cui integrità è garantita nel tempo da un supporto conforme alle condizioni fissate tramite il decreto»¹². Ciò non toglie che, se l'originale dell'atto sussiste, la sua presentazione può sempre essere richiesta.

III. Consigli pratici

A conclusione di questa breve panoramica, non può mancare qualche rapido consiglio pratico.

L'impatto delle riforme non deve essere sottovalutato dai *cyber-commercianti*. D'altronde, le sanzioni amministrative sono sufficientemente dissuasive per dimostrare l'importanza attribuita alle nuove disposizioni.

È quindi importante:

- aggiornare i siti di *e-commerce* integrando in ogni offerta *on line* le prerogative che derivano dal nuovo regime;
- modificare le condizioni generali della vendita *on line* facendo particolarmente attenzione alla previsione del diritto di recesso;
- aggiornare le pratiche contrattuali anche nei rapporti *B to B*;
- seguire l'evoluzione giurisprudenziale della nozione di *squilibrio significativo* delle prestazioni contrattuali nel sistema francese e aggiornare di conseguenza le pratiche contrattuali;
- e ovviamente: rivolgersi sempre, prima di ogni passo importante, ad un buon avvocato di fiducia, esperto in diritto francese!

Aurora Visentin-Portanelli* e Alessandro Bianco**

¹² V. *supra*, decreto n. 2016-1673 del 5 dicembre 2016.

* Avvocato / Foro di Milano e Foro di Parigi

** Avvocato / Foro di Parigi

Il presente lavoro è basato sulla relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Bologna, 14-17 settembre 2017

SINTESI

Non esiste mercato senza *e-commerce*: questa sembra essere la regola del nuovo millennio. E non è un caso che il 2017 abbia visto una crescita eccezionale del commercio elettronico in Europa ed in particolare in Francia.

La normativa francese si è quindi adeguata prevedendo nuove condizioni per la trasmissione dell'offerta ed il perfezionamento del contratto. Sono, inoltre, state introdotte discipline specifiche per regolare le modalità di pagamento, di recesso e per la tutela della *privacy*.

In questo articolo abbiamo cercato di riassumere quali sono le principali novità introdotte dai nostri "cugini d'oltralpe".

ABSTRACT

There is no market without e-commerce: this seems to be the rule of the new millennium. It is no coincidence that 2017 saw an exceptional growth in e-commerce in Europe, and in France in particular.

French law has therefore adapted by laying down new conditions for the transmission of the offer and the conclusion of the contract. Specific rules have also been introduced to regulate the method of payment and of withdrawal and to protect privacy.

In this article we tried to summarize the main innovations introduced by our "cousins across the Alps".

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

INFORMAZIONE VS. COMUNICAZIONE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: **1.** *Novità in tema dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona* - **2.** *Informazione e requisiti formali nel diritto dell'Unione* - **3.** *I principi generali della materia* - **4.** *Considerazioni sull'informazione e sulla comunicazione dell'Unione* - **5.** *Criticità e sviluppi.*

1. Novità in tema dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

L'ordinamento dell'Unione europea presenta carenze e diverse criticità nella fase dell'informazione e comunicazione delle norme ai suoi destinatari; tali difficoltà si sono maggiormente evidenziate in una società internazionale ed europea fortemente caratterizzata dall'attività globale e pervasiva dei *media*, come l'attuale.

La *rule of law*, che costituisce un principio fondamentale del sistema giuridico dell'Unione¹, si può infatti ritenere che si realizzi pienamente se riesce ad essere comunicata anche ai soggetti privati, titolari di diritti ed obblighi di origine europea. Tra questi ultimi, è particolarmente importante

¹ Si tratta di un principio generale comune al modello democratico dello Stato soggetto al diritto; per una sua applicazione fin dalle fasi iniziali del mercato comunitario alle modalità di pubblicità degli atti delle istituzioni, v. sentenza della Corte di giustizia del 1° dicembre 1965 in causa n. 16/65, *Schwarze c. EVSt*, in *Raccolta*, 1965, p. 923. Cfr. P. MENGOZZI, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, spec. pp. 516-517, in cui, fra l'altro, si osserva come il compito di precisare ed integrare il diritto comunitario sia stato attribuito al giudice comunitario mediante un controllo di *checks and balances* per tutti i soggetti di tale ordinamento: Stati, istituzioni e privati.

che siano edotte le persone fisiche affinché si sentano "rappresentate" nell'espressione normativa, attualmente adottata dalle istituzioni dell'Unione mediante una procedura di codecisione, che pone sullo stesso piano decisionale il Consiglio ed il Parlamento europei nell'adozione della quasi totalità degli atti normativi².

La fase attuale dell'integrazione europea è stata oggetto di valutazione, fra l'altro, nella Dichiarazione di Roma del 25 marzo 2017³, a sessanta anni dalla firma del Trattato di Roma istitutivo della CEE, e riconosce che il futuro dell'Unione è condizionato da una serie di variabili. Fra queste si può ricomprendere l'auspicata evoluzione del diritto europeo che colleghi maggiormente in senso orizzontale e trasparente le tre categorie di soggetti giuridici dell'Unione, ovvero gli Stati, le istituzioni, le persone fisiche e giuridiche, da sempre attive nelle relazioni transnazionali di tale sistema⁴.

L'obiettivo della prossimità ai cittadini, insieme a quello della trasparenza, dovrebbe caratterizzare la tappa dell'integrazione europea segnata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona attualmente in vigore, in vista della realizzazione di un'unione fra i popoli europei e non solo fra Paesi membri⁵.

I parlamenti nazionali sono stati aggiunti ai tradizionali soggetti del diritto comunitario nel dialogo intersoggettivo dell'Unione e per l'attuazione di un processo decisionale "democratico" che conduca a risultati migliori rispetto al passato anche riguardo alla trasparenza interistituzionale fra organi rappresentativi nazionali ed europeo⁶.

2. Informazione e requisiti formali nel diritto dell'Unione

Le norme riguardanti l'informazione e l'accesso ai documenti attribuiscono diritti in materia di trasparenza ai cittadini europei, anche se residen-

² In base al Trattato di Lisbona, la regola principale di adozione degli atti dell'Unione è indicata all'art. 294 TFUE, che prescrive il c.d. «metodo comunitario», ora denominato procedura legislativa ordinaria.

³ V. *Dichiarazione dei leader dei 27 Stati membri e del Consiglio europeo, del Parlamento europeo e della Commissione europea*, Roma, 25 marzo 2017 (OR.ĒN), SN 35/17, reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/03/25/rome-declaration/>.

⁴ L'approccio non è nuovo per il diritto dell'Unione, cfr. F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, XI ed., Milano, Giuffrè, 2010, pp. 2-4, che fin dalle origini individuò l'eterogeneità di tale diritto indicandone una tripartizione delle norme, a differenza di quanto avviene nel diritto internazionale, con efficacia distinta per le tre categorie di soggetti indicate.

⁵ V. art. 1, comma 1, Trattato sull'Unione europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

⁶ Cfr. *Dichiarazione di Roma*, cit. supra, nota 3, penultimo capoverso e *Protocollo (n. 1) sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, spec. Titolo I, relativo alla «Comunicazione di informazioni ai parlamenti nazionali».

ti in uno Stato terzo, ed, inoltre, a tutte le persone fisiche o giuridiche che risiedono in uno Stato membro, prescindendo perciò dall'appartenenza ad una determinata comunità nazionale⁷.

I diritti individuali all'informazione si sono affermati nel diritto internazionale e dell'Unione europea soprattutto dagli anni Novanta del XX secolo in poi, come un'applicazione del principio democratico nella società globale dell'informazione.

Infatti l'accesso ai documenti delle Istituzioni europee mediante internet favorisce la loro divulgazione, ma nel contempo pone problemi interpretativi sia per le istituzioni sia per il pubblico.

Si richiama a tale proposito un esempio recente ed emblematico deciso dalla giurisprudenza comunitaria: il 18 marzo 2016 veniva pubblicata sul sito internet del Consiglio, tramite il comunicato stampa n. 144/16, una dichiarazione contenente il resoconto dei risultati di una riunione del Consiglio europeo diretta sia ad approfondire le relazioni fra l'Unione europea e la Turchia sia ad affrontare la crisi migratoria.

Tale comunicato stampa è stato impugnato per la prima volta da un cittadino pakistano innanzi al Tribunale dell'Unione per farne dichiarare l'illegittimità⁸. Il ricorrente ha infatti sostenuto di avere richiesto asilo in Grecia solo al fine di evitare di subire le conseguenze per lui negative dell'accordo stipulato fra l'Unione europea e la Turchia e comunicato con l'atto n. 144/16 in questione.

Il Consiglio europeo, convenuto in tale giudizio, ha invece sostenuto che la forma con cui è stata diffusa la dichiarazione UE-Turchia oggetto della fattispecie, ossia il comunicato stampa, indica già nella tipologia scelta degli atti dell'Unione le sue finalità solo informative e l'atto controverso è perciò privo di effetti giuridici nei confronti dei terzi.

Il convenuto ha chiarito inoltre che tale atto informativo è stato adottato per il grande pubblico dal servizio di stampa del segretariato generale del Consiglio, pur riconoscendone una "malaugurata ambiguità"⁹.

⁷ V. art. 1, Regolamento (Ce) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in *Guce* n. L 145 del 31 maggio 2001, p. 43 ss., rettificato in *Guce* n. L 176 del 29 giugno 2001.

⁸ Cfr. le ordinanze del Tribunale dell'Unione europea, tutte datate 28 febbraio 2017, in causa n. T-192/16, *NF* c. *Consiglio europeo*, inedita in *Raccolta*, EU:T:2017:128; in causa n. T-193/16, *NG* c. *Consiglio europeo*, inedita in *Raccolta*, EU:T:2017:129, nonché in causa n. T-257/16, *NM* c. *Consiglio europeo*, inedita in *Raccolta*, EU:T:2017:130. Tali ordinanze sono reperibili sul sito internet www.curia.europa.eu.

⁹ Cfr. ordinanza del Tribunale in causa n. T-192/16, *loc. cit.*, punti 58-59 e, testualmente, punto 66. Il Tribunale afferma inoltre che: «Tenuto conto delle circostanze della presente causa, in particolare della formulazione ambigua del comunicato stampa n. 144/16, il Tribunale considera equo decidere che ciascuna parte debba sopportare le proprie spese», punto 77.

Le affermazioni sostenute dal Consiglio sono state accolte dal Tribunale, che segue così una giurisprudenza comunitaria consolidata circa la determinazione dell'atto in base al suo contenuto, e non solo ad elementi formali, che però nel caso di specie coincidono, e non possono perciò far ritenere che si tratti di un atto di diversa natura¹⁰, come invece sostenuto dal primo ricorrente, a cui seguirono altri due ricorsi di richiedenti asilo nell'Unione.

Il livello dell'osservanza dei requisiti formali è interpretato in modi parzialmente differenti nel diritto dell'Unione rispetto al diritto internazionale, nel quale, come è noto, i soggetti primari sono gli Stati. In quest'ultimo ordinamento infatti, può essere richiesto un minore formalismo nell'interpretazione delle norme, come, ad esempio, si evince in un altro contesto, nel caso di un accordo internazionale bilaterale concluso nell'ambito delle Nazioni Unite, nel quale uno degli Stati contraenti non ha provveduto a registrarlo per tempo presso il Segretariato, a norma dell'art. 102.1 della Carta¹¹.

Da quanto sinteticamente esposto finora, si ritiene che la peculiarità del sistema giuridico comunitario richieda una considerazione specifica per l'informazione e la comunicazione del suo diritto, rispetto sia all'ordinamento internazionale sia ad ordinamenti nazionali¹².

Inoltre, occorre distinguere l'attività di informazione da quella di comunicazione: entrambe sono garantite dalla libertà di espressione, ma la comunicazione richiede una relazione fra colui che consegna o invia il messaggio e chi lo riceve¹³.

3. I principi generali della materia

L'analisi di alcune norme dei trattati UE attualmente in vigore fornisce un utile contributo all'individuazione dei principi che si rilevano in materia:

¹⁰ V. uno dei *leading case* in materia: sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1971 in cause riunite da n. 41 n. 44/70, *International Fruit Company*, in *Raccolta*, 1971, p. 411 ss., EU:C:1971:53.

¹¹ In tal senso v. G. PASCALE, *Sull'obbligo degli Stati di registrare gli accordi internazionali presso il Segretariato generale delle Nazioni Unite: il caso Jadhav*, in *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 1175-1184.

¹² Per la tutela del diritto di comunicazione v. art. 11.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, così formulato: «La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

¹³ Cfr. G. COHEN-JONATHAN, *Art. 10*, in L. E. PETTITI - E. DECAUX - P. H. IMBERT (sous la direction de), *La convention européenne. Commentaire*, Paris, Bruylant, 1995, pp. 365-367 e pp. 385-408.

occorre innanzitutto fare riferimento all'art. 6.1 TUE che riconosce valore giuridico pari ai trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione¹⁴.

In questo quadro di carattere costituzionale, si garantisce il rispetto dell'equità a favore degli individui nell'esercizio della giurisdizione e nell'attività della pubblica amministrazione europea anche mediante il pieno riconoscimento del diritto fondamentale all'informazione per i destinatari delle attività pubbliche¹⁵ e, più in generale, per i cittadini europei. Fra i diritti attribuiti dalla cittadinanza europea, riferibili all'informazione/comunicazione ed esercitabili nei confronti di istituzioni ed organismi dell'Unione, sono previsti quelli di rivolgersi ad essi in una delle lingue dei Trattati e di riceverne risposta nella medesima lingua, ex artt. 20.2, lett. *d.* e 24, quarto comma, TFUE.

Vanno poi considerate le norme relative ai principi democratici, che costituiscono una novità introdotta con il Trattato di Lisbona e prevedono aspetti di democrazia partecipativa per l'Unione¹⁶, che richiede oltre all'informazione dei cittadini anche un'attività di comunicazione delle istituzioni europee nei loro confronti.

L'apertura delle istituzioni a forme di dialogo con i cittadini europei, le associazioni rappresentative e la società civile in generale è affermata con chiarezza fra i principi democratici di natura partecipativa all'art. 11 TUE.

La comunicazione si articola in senso attivo e passivo, perciò dagli organi dell'Unione ai privati e viceversa, attraverso canali che vengono genericamente qualificati come "opportuni"¹⁷ nella predetta norma pattizia. Il dialogo civile europeo deve inoltre caratterizzarsi per l'apertura, trasparenza e regolarità e prevedere consultazioni con gli interessati sul contenuto delle decisioni prima della loro adozione¹⁸.

Gli organi pubblici sovranazionali dell'Unione mantengono fra di loro relazioni improntate, rispettivamente, al rispetto del principio di equilibrio

¹⁴ V. per tutti, L. S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? *Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2016, pp. 329-356.

¹⁵ Cfr., rispettivamente, artt. 41.2, *b.*, e 41.4, 42 e 47, comma 2, della Carta.

¹⁶ Si tratta del Titolo II, artt. 9-12 TUE. Cfr. M. CONDINANZI, *Art. 9 TUE*, in F. POCAR - M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, Cedam, 2014, pp. 48-49, in cui l'Autore riconduce queste novità, testualmente, nella «vita politica del cittadino U.E.», consolidandone la «partecipazione (...) alla vita democratica dell'U.E.».

¹⁷ Cfr. art. 11.1 TUE, che prevede sia la possibilità delle istituzioni di «far conoscere» sia di «scambiare» le opinioni in qualsiasi attività dell'Unione.

¹⁸ V., in tal senso, art. 11.2-3 TFUE ed il relativo commento, P. PIRODDI, *Art. 11 TUE*, in F. POCAR - M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 16, pp. 54-60.

istituzionale e di leale collaborazione¹⁹, pur avendo esigenze diverse di trasparenza, dato che l'attività del Consiglio richiede in alcuni casi il segreto, mentre quella della Commissione e, soprattutto, del Parlamento devono rispettare l'obbligo di pubblicità.

Due norme di rango primario prevedono sia i principi generali di trasparenza dell'attività delle istituzioni dell'Unione e del correlato diritto di accesso ai loro documenti (art. 15 TFUE) sia di rispetto della protezione dei dati personali in tutte le attività svolte in applicazione del diritto dell'Unione (art. 16 TFUE).

In entrambi i casi, le richiamate norme pattizie sono state seguite da atti in applicazione adottati dalle istituzioni competenti, che prevedono, fra l'altro, alcune eccezioni disciplinate espressamente²⁰.

La soluzione di eventuali conflitti fra il principio del più ampio accesso possibile ai documenti delle istituzioni, previsto dal Regolamento (Ce) n. 1049/2001, ed il principio della tutela della riservatezza nei dati personali trattati in via informatica, di cui al Regolamento (Ue) n. 2016/679, va fatto caso per caso alla ricerca di un punto di conciliazione fra i diritti individuali all'informazione e quelli relativi alla *privacy*.

4. Considerazioni sull'informazione e sulla comunicazione dell'Unione

Dall'analisi precedente, si osserva la necessità di considerare le spesso contrapposte esigenze delle tre categorie di soggetti dell'ordinamento comunitario nel settore dell'informazione e della comunicazione e, di conseguenza, si evidenzia l'opportunità di modulare il livello di estensione del formalismo giuridico nel diritto dell'Unione europea in gradi differenti a seconda dei destinatari delle norme.

Una soluzione proposta va nel senso della creazione di un modello nuovo di comunicazione pubblica delle istituzioni che si avvalga nel setto-

¹⁹ Sull'obbligo di leale collaborazione fra le istituzioni e nei confronti degli Stati membri, cfr., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2017 in causa n. C-600/14, *Germania c. Consiglio*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2017, EU:C:2017:935, spec. punto 107.

²⁰ Per l'accesso ai documenti, v. il Regolamento (Ce) n. 1049/2001, *cit. supra*, nota 7, a base della normativa in materia. Per la tutela della *privacy*, cfr. il Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva n. 95/46/Ce (regolamento generale sulla protezione dei dati), in *Gu-Ue* n. L 119 del 4 maggio 2016, p. 1, entrato in vigore nel maggio 2016 ed attuato in data 25 maggio 2018.

re giuridico dell'apporto di altre discipline, come ad esempio, la letteratura, la filosofia del diritto, la pubblicità e le arti visive²¹.

Nel sistema giuridico sovranazionale dell'Unione, si presentano esigenze differenti di informazione/comunicazione determinate dalla necessità di raggiungere i cittadini dei diversi Stati membri, che richiede a monte un approccio interculturale che rispetti le identità nazionali e nel contempo promuova una cittadinanza europea attiva e basata su valori condivisi a livello interstatale e della società civile europea²².

Fin dalle sue origini, la cooperazione fra Stati che sono membri di organizzazioni internazionali è stata il presupposto per la creazione di uno spazio comune di dialogo e confronto fra di essi, che proprio in tale ambito hanno la possibilità di stabilire e mantenere relazioni internazionali che, all'epoca attuale, producono però sempre maggiori effetti anche nei riguardi delle persone fisiche e giuridiche.

Di conseguenza, occorre distinguere nel diritto dell'Unione l'informazione istituzionale relativa all'attività pubblica dalla comunicazione, entrambe destinate anche ai soggetti privati; esse dovrebbero essere svolte in modo sinergico, anche se potrebbero trovarsi in conflitto in taluni aspetti della *governance* dell'Unione e nelle legislazioni nazionali di origine europea.

Come è noto, gli ordinamenti interni sono caratterizzati da istituti giuridici nazionali che sono particolarmente radicati in alcuni Stati membri dell'Unione ed è pertanto opportuno che siano tenuti in considerazione nei contenuti della comunicazione di origine europea.

Si osserva, ad esempio, come il risultato comunicativo sia, in alcuni casi, più facilmente raggiungibile nella materia dei diritti umani, dato che dalla prassi internazionale del diritto delle organizzazioni internazionali emerge che l'universalità, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei diritti fondamentali tende a limitarsi in settori omogenei di interesse ed in aree geografico-culturali con radici comuni. Si tratta di una conseguenza originata

²¹ Cfr. P. CARBONE - G. ROSSI, *Perché gli squali non mordono gli avvocati? Marginalia sul rapporto tra diritto e comicità*, in D. CARPI - K. STIERSTORFER (eds.), *Diaspora, Law and Literature*, Berlin, De Gruyter, 2017, pp. 69-86, spec. nota (46), in cui P. CARBONE osserva: «nelle pieghe del linguaggio si nasconde l'opposto di quello che si dice. Siamo in un contesto post-postmoderno e anziché dell'indeterminatezza del significato forse si dovrebbe parlare del principio di contraddittorietà del contemporaneo». Si segnalano in tema due *workshop* svolti presso l'Università IULM di Milano: «*Raccontare il diritto: letteratura, cinema, giornalismo, pubblicità, comunicazione istituzionale*», 11 aprile 2017, e «*Il diritto per immagini*», 11 aprile 2018, ai quali l'Autrice del presente articolo ha contribuito.

²² Le istituzioni dell'Unione promuovono un passaggio dalla multiculturalità all'interculturalità, v. ad esempio, la decisione n. 1983/2006/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, relativa all'anno europeo del dialogo interculturale (2008), in *Gu-Ùe* n. L 412 del 30 dicembre 2006, p. 44 ss. In senso giuridico, occorre rifarsi all'idea di sovranazionalità e perciò alla prevalenza, in alcuni casi, del diritto dell'Unione su quello degli Stati membri, pur nel rispetto della loro identità nazionale.

dal declino dell'utopia di un governo mondiale, propria del secondo dopoguerra dello scorso secolo, e dall'affermarsi del profilo multiculturale e cosmopolita nelle attuali relazioni internazionali.

Il rispetto delle diversità culturali nelle singole comunità nazionali è richiesto dalla frammentazione sociale della comunità generale e dal rinforzarsi delle identità nazionali²³. In campo giuridico, la Corte di giustizia ha riconosciuto che «il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»²⁴. Pertanto i c.d. controlimiti nazionali posti al diritto dell'Unione europea sono valutabili dal giudice nazionale nella misura in cui assicurino il rispetto dei diritti fondamentali tradizionali del proprio ordinamento costituzionale²⁵.

5. Criticità e sviluppi

L'integrazione economica nella società digitale e delle reti transnazionali dovrebbe favorire l'unione fra i cittadini europei, ma si è già potuto constatare che questo avviene solo fino ad un certo punto se non supportata da un intervento a sostegno dei *media*, che influenzano, come è noto, i punti di vista e gli stereotipi dei cittadini²⁶.

Il mezzo mediale utilizzato per la comunicazione da parte delle istituzioni internazionali produce gli effetti tipici del mezzo stesso, i quali non devono essere trascurati se si vuole evitare il rischio della prevalenza del potere mediatico su tutte le altre istanze presenti in un universo globale, nel quale il diritto internazionale moderno è oggetto di rilevanti trasformazioni non sempre conciliabili con la globalità mediatica²⁷. I *media* si pos-

²³ In tal senso, l'art. 167.1 TFUE, che esprime il principio-base ispiratore della politica culturale dell'Unione europea fin dal Trattato di Maastricht del 1992, mantiene e chiarisce maggiormente la volontà di promuovere la diversità culturale, quale tratto specifico e valorizzante dell'Unione.

²⁴ Così testualmente, v. sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, Procedimento a carico di *M. Pupino*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5309, punti 44-45, EU:C:2005:386.

²⁵ V, in proposito, l'acceso dibattito relativo alla sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015 in causa n. C-105/14, *Taricco*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2015, EU:C:2015:555.

²⁶ Si consideri, ad esempio, l'abolizione delle tariffe di *roaming* che è alla base del mercato unico digitale dell'UE con l'accessibilità all'informazione e alla comunicazione per tutti i cittadini; mentre rimangono differenze nelle normative nazionali sul funzionamento e sul finanziamento dei servizi di interesse economico generale, fra i quali il servizio universale televisivo con digitale terrestre: cfr. art. 14 TFUE, *Protocolli (nn. 26 e 29)*, allegati al TUE e TFUE.

²⁷ Per un'analisi del dibattito circa le differenze esistenti fra diritto internazionale e globale, cfr. A. VON BOGDANDY, *Democrazia, globalizzazione e futuro del diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2004, spec. p. 344.

sono infatti considerare centri di imputazione nel fenomeno della globalizzazione e costituirebbero, in alcuni casi, un pericolo per la democrazia²⁸.

Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, si ritiene che qualsiasi forma di informazione e comunicazione debba comunque affrontare il problema della divulgazione di un sistema che spesso risulta poco comprensibile ai soggetti che ne vengono in contatto soprattutto per la complessità delle sue procedure²⁹.

In aggiunta, si pone il problema della scelta linguistica in una comunità di popoli plurilinguista e multiculturale per la quale i testi giuridici dovrebbero essere adattati in modo da considerare maggiormente la comprensione da parte dei destinatari³⁰.

L'attività di informazione delle istituzioni contribuisce alla legittimazione democratica dell'Unione nei confronti dei cittadini europei, anche se il tecnicismo giuridico (e sociale) spesso utilizzato da tale diritto può allontanare i cittadini stessi da alcuni valori fondanti dell'integrazione fra i Paesi membri, che li condividono³¹.

La comunicazione pubblica europea ha un margine superiore di indirizzo politico, sia per conseguire interessi comuni degli Stati a livello sovranazionale sia interessi individuali nazionali. Si possono pertanto ipotizzare modalità e risultati alquanto divergenti nelle due attività considerate, nelle quali solo l'informazione istituzionale ha basi giuridiche nell'ordinamento comunitario, come si è visto.

In conclusione, informazione e comunicazione si distinguono nettamente nel diritto dell'Unione e necessitano di sforzi ulteriori di perfezionamento multiculturale e sviluppo democratico per incrementarne l'efficacia. In ogni caso, tale percorso dovrà orientarsi nel solco di un cambiamento in atto nella società civile europea che chiede il rispetto di principi etici e solidaristici nell'attività delle organizzazioni internazionali e, in specie,

²⁸ Ad esempio, secondo la teoria della globalizzazione intesa come espressione indiretta del potere statunitense di standardizzare i modelli di vita, configurata puntualmente da A. VON BOGDANDY, *Democrazia, cit. supra*, nota 27, pp. 324-325, in cui si fa riferimento, tra l'altro, all'industria americana dello spettacolo.

²⁹ In tal senso cfr. F. POCAR, *Art. 1 TUE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea, cit. supra*, nota 16, p. 5, che osserva testualmente che il «processo (decisionale n.d.a.) rimane comunque laborioso e di difficile comprensione all'esterno per i non addetti ai lavori», anche con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona agli artt. 294 ss. TFUE.

³⁰ In tal senso v. P. GIAMPIERI, *Is the European Legal English Legalese-Free?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2016, p. 440.

³¹ Tali valori comuni sono menzionati all'art. 2 TUE: si tratta della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, dei diritti umani.

dell'Unione, superando precedenti tendenze uniformanti del diritto e della relativa attività informativa e comunicativa³².

Maria Migliazza*

SINTESI

Nello scritto sopra riportato, l'A. pone a confronto i principali aspetti normativi dell'informazione con l'attività di comunicazione delle istituzioni dell'Unione europea. Si osserva la necessità di considerare le differenti esigenze delle tre categorie di soggetti dell'ordinamento comunitario nel settore considerato: Stati, Istituzioni e soggetti privati. Viene perciò evidenziata l'opportunità di modulare il livello di estensione del formalismo giuridico in gradi differenti nel diritto dell'Unione, a seconda dei destinatari delle norme.

ABSTRACT

In the paper above, the Author makes a comparison between the main information rules with the communication activity of the European Union Institutions. The issue emphasizes the different aim of both processes relating to States, Institutions and individual subjects.

³² Per un'autorevole ed ampia riflessione in materia cfr. F. CAPELLI, *Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia (Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni)* - Parte Prima - *Etica e legalità in politica e in economia: definizioni ed evoluzione storica*, in questa Rivista, 2017, pp. 1-18; Parte Seconda - *Etica e legalità in politica e in economia nel sistema degli Stati democratici*, *ivi*, pp. 267-316, spec. pp. 293-295. Cfr., anche, L. MANDERIEUX - M. VELLANO (a cura di), *Éthique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Torino, Giappichelli, 2017. Il tema è già stato affrontato in passato con una differente prospettiva, cfr. UNIONE INTERNAZIONALE DI STUDI SOCIALI, *Codice di morale internazionale*, Roma, Edizioni "La civiltà cattolica", 1943.

* Professore associato di Diritto internazionale/Università IULM

RECENSIONI

Vito Rubino, *I limiti alla tutela del "Made in" fra integrazione europea e ordinamenti nazionali*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 240, € 32,00

Il volume, edito nella Collana di Diritto Internazionale dell'Economia del Centro Interuniversitario sul Diritto delle Organizzazioni Internazionali Economiche (CIDOIE), propone una attenta ed esauriente riflessione sugli aspetti giuridici del c.d. "Made in" nel contesto dell'attuale fase dell'integrazione economica e sociale dell'Unione europea.

L'A. offre una ragionata chiave di lettura per l'analisi del rapporto fra l'imperativo del mercato interno e la sempre maggiore attenzione riservata ai diritti fondamentali dell'individuo e della collettività: tale rapporto viene infatti ricostruito e riletto alla luce di una decisa valorizzazione dei diritti della persona e del ruolo riconosciuto alla figura del consumatore. Più nel dettaglio, l'attuale livello di stabilità del mercato interno, da un lato, e la crescente sensibilità per l'autodeterminazione dei consumatori le cui scelte di acquisto comportano sempre più l'assunzione di responsabilità per l'orientamento dello sviluppo della società futura (p. 6), dall'altro lato, sono condivisibilmente indicati dall'A. come elementi che dovrebbero permettere e, invero, suggerire un ripensamento dei limiti che l'ordinamento dell'Unione ha tradizionalmente posto alla legittimità delle differenziazioni fra prodotti in base alla loro origine sull'altare di un processo di integrazione economica fra i mercati degli Stati membri che, in passato, aveva l'obiettivo principale – se non unico – di ridurre le differenze trasformandole in eccezione.

Il volume non pretende (ovviamente) di rimettere in discussione le conquiste del mercato interno né, tantomeno, di ipotizzare meccanismi eccentrici rispetto a tale caposaldo del processo di integrazione europea (p. 158). L'obiettivo che l'A. si propone è piuttosto quello di individuare soluzioni

giuridiche che, pur ponendosi all'interno del perimetro delle libertà economiche fondamentali, permettano di superare le criticità e le inefficienze del corrente e tradizionale quadro normativo. L'idea di base è che, per quanto fondamentale, il mercato interno è un obiettivo ormai largamente raggiunto e ben consolidato: da tale considerazione viene tratta la condivisibile conseguenza secondo cui, anche nella prospettiva della tutela del c.d. "Made in", è quindi necessario individuare obiettivi più ambiziosi rispetto alla semplice volontà di incrementare, sotto il profilo quantitativo, la disponibilità di prodotti sul mercato (interno) mediante la loro libera circolazione e che possano contribuire allo sviluppo sotto tale profilo dell'ordinamento dell'Unione anche in prospettiva qualitativa, con effetti positivi per l'intero processo di integrazione europea.

Coerentemente con gli obiettivi del volume, il primo capitolo descrive il processo di «*costituzionalizzazione democratica*» (p. 13) dell'ordinamento dell'Unione. La finalità è quella di evidenziare i principali passaggi del percorso che ha portato all'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione dall'iniziale approccio (più) liberista all'attuale – almeno auspicato – contesto di c.d. economia sociale di mercato, mediante un'ampia analisi della casistica giurisprudenziale della Corte di giustizia e dello sviluppo normativo. L'indagine dimostra la centralità ormai raggiunta dalla persona nell'ordinamento dell'Unione e ne evidenzia i significativi riflessi sulle finalità dei meccanismi di regolazione del mercato e dello stesso processo di integrazione europea. La crescente attenzione per la persona viene declinata soprattutto con riguardo alla figura del consumatore: viene infatti ben delineato il ruolo fondamentale dei consumatori (o "*consumatori*", p. 27) consapevoli della possibilità di incidere sulla struttura di mercato mediante le proprie decisioni di acquisto, di cui si auspica una sempre maggiore elaborazione in base a valutazioni etiche e consapevoli.

Presupposto necessario per l'esercizio di scelte consapevoli da parte dei consumatori è la loro corretta informazione in merito alle caratteristiche dei prodotti che possono essere acquistati. Fra le informazioni rilevanti rientrano senza dubbio quelle relative all'origine dei prodotti. Tali dati permettono in effetti ai consumatori di associare un prodotto a un determinato territorio e di considerarlo quale espressione di una determinata filiera produttiva e, quindi, di una precisa tradizione storico culturale. Oltre ad affrontare – in un'ottica funzionale agli obiettivi dell'opera – alcune tematiche istituzionali di diritto dell'Unione (come ad esempio il tema della c.d. *pre-emption* nel contesto del riparto di competenze fra ordinamento dell'Unione e degli Stati membri), il secondo capitolo esamina pertanto in modo dettagliato le normative settoriali volte a disciplinare in diverse pro-

spettive il tema dell'origine delle merci. Viene in particolare offerto un parallelismo fra le norme di matrice doganale e quelle che regolamentano le comunicazioni commerciali ai consumatori, anche alla luce della rispettiva interpretazione fornita dalla Corte di giustizia. L'apprezzabile sforzo ricostruttivo ed ermeneutico è funzionale a un risultato condivisibile: l'A. vuole infatti segnalare come il criterio della c.d. «*ultima lavorazione sostanziale*» su cui si basa la normativa doganale non dovrebbe poter essere interpretato estensivamente e, soprattutto, non dovrebbe essere adoperato quale valido parametro nel diverso contesto delle comunicazioni commerciali. Tale nozione è infatti funzionalmente inadatta all'obiettivo di fornire ai consumatori adeguate informazioni in merito a elementi – quali ad esempio la provenienza delle materie prime prevalenti, la geolocalizzazione dei passaggi produttivi "a monte" rispetto all'ultimo "assemblaggio" – ai quali di regola i consumatori sono molto più interessati, proprio perché idonei a stabilire una più chiara connessione fra un prodotto e una determinata filiera geografica rispetto al criterio doganale dell'«*ultima lavorazione sostanziale*». Di particolare interesse è infine l'approfondimento relativo alle c.d. clausole di mutuo riconoscimento (p. 72 ss.), sovente adottate dai singoli Stati membri per – cercare di – ovviare ai vincoli posti dal diritto dell'Unione in merito all'introduzione a livello di nazionale di obblighi relativi all'indicazione dell'origine dei prodotti, il cui esame permette all'A. di affrontare il tema delle c.d. discriminazioni alla rovescia.

La centralità del ruolo e delle esigenze dei consumatori quali parti attive delle dinamiche di mercato viene ulteriormente sviluppata nel terzo capitolo. Vengono infatti ricostruiti l'origine e il progressivo sviluppo e affinamento della c.d. «politica europea della qualità» (p. 80), a partire dalla comunicazione della Commissione sul futuro del mondo rurale del 1988 fino ad arrivare al nuovo Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sui c.d. regimi di qualità e all'ultima versione del Regolamento (Ue) n. 1308/2013 sulla c.d. organizzazione comune del mercato Unica, passando per il Regolamento (Cee) n. 2081/92 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari. L'analisi si concentra appunto sulle c.d. indicazioni geografiche, delle quali viene condivisibilmente evidenziata tanto la valenza giuridica plurima quanto la natura di privativa "allargata" a un'intera comunità territoriale (pp. 86-87). Attraverso un esauriente esame delle fonti normative di diritto derivato e della giurisprudenza (non solo della Corte di giustizia ma anche nazionale), la trattazione sottolinea l'importanza di tale strumento giuridico (nella sua doppia accezione che permette di ricondurre un bene non solo a un territorio ma anche e forse soprattutto al contributo umano che in

tale territorio è radicato) per il perseguimento della politica europea della qualità. Ricondotta l'origine storica di tali privative al settore agroalimentare, il lavoro prosegue descrivendo i tentativi di estensione del loro campo di applicazione anche al di fuori di tale ambito che, nell'ordinamento dell'Unione, sono stati recepiti nel noto Libro verde del 2014. Sotto tale profilo, di particolare interesse è il confronto con il regime internazionale sviluppatosi nell'ambito del WTO. L'attenzione ai profili internazionalistici non è peraltro limitata alle sole indicazioni geografiche ma si estende altresì, fra l'altro, all'analisi degli strumenti internazionali che, nel contesto della lotta alla concorrenza sleale, mirano ad offrire protezione anche con riguardo alle pratiche fraudolente rientranti nella nozione del c.d. «*sounding*».

Il quarto capitolo, infine, conclude offrendo apprezzabili spunti in merito alle prospettive future della materia in discussione e in particolare una panoramica delle nuove sfide per l'integrazione europea nel settore della tutela del "*Made in*". Come anticipato, l'idea di base è che le attuali condizioni di mercato impongano un cambio di passo che, attraverso una maggiore attenzione e più intensa protezione dei vari e multiformi profili rientranti sotto l'ombrello della definizione di tutela del "*Made in*", consenta di rileggere l'integrazione economica nella prospettiva di un maggiore riconoscimento delle identità e delle specificità che ciascuno Stato membro può esprimere per ragioni storiche, culturali, antropologiche, economiche e sociali (p. 156). In tale prospettiva, viene ad esempio evidenziato come una più attenta disciplina relativa all'origine delle merci possa fornire un fondamentale contributo, essendo uno degli strumenti più idonei mediante i quali i valori del territorio, del suo *savoir-faire*, e delle sue strutture sociali vengono sintetizzati e portati all'attenzione dei "consumatori". L'attenzione per i modelli produttivi e la localizzazione geografica della filiera sono elementi imprescindibili del passaggio dalla concezione originale del mercato interno per la quale le merci devono necessariamente circolare per aumentare l'offerta *quantitativa* a disposizione dei consumatori a una concezione più evoluta e attenta alla *qualità* delle merci stesse, in risposta a precise esigenze dei consumatori, tanto da suggerire l'attribuzione alle diverse espressioni del "*Made in*" della valenza di diritto culturale.

Luca Calzolari *

* Assegnista di ricerca / Università di Torino; Avvocato / Foro di Genova

Luca Paladini, *Il servizio europeo per l'azione esterna - Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, Bari, Cacucci Editore, 2017, pp. XVIII-184

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha implicato un notevole sviluppo, sotto il profilo istituzionale e sostanziale, per le relazioni esterne e la politica estera dell'Unione europea. Sotto il profilo istituzionale, al fine di dare coerenza, continuità e maggiore incisività e spessore nel perseguire gli obiettivi dell'azione internazionale dell'Unione, è stata prevista la creazione del servizio europeo per l'azione esterna (SEAE). In particolare, l'art. 27, par. 3, TUE, stabilisce che «[n]ell'esecuzione delle sue funzioni, l'Alto Rappresentante si avval[ga] di un servizio europeo per l'azione esterna», il quale «lavora in collaborazione con i servizi diplomatici degli Stati membri ed è composto da funzionari dei servizi competenti del segretariato generale del Consiglio e della Commissione e da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali», demandando l'organizzazione e il funzionamento del SEAE ad una decisione del Consiglio dell'Unione, da adottarsi «su proposta dell'Alto Rappresentante, previa consultazione del Parlamento europeo e previa approvazione della Commissione». Le indicazioni contenute nel Trattato di Lisbona, come risulta dal testo appena riportato, non sono sufficienti a prospettare la natura giuridica del SEAE, né ad individuarne operativamente i compiti. Tale situazione ha determinato una lunga riflessione e molte incertezze nella stesura dell'atto istitutivo del SEAE, adottato dal Consiglio con decisione n. 2010/427/Ue del 26 luglio 2010. E neppure l'atto in questione ha risolto tutti gli aspetti rimasti indefiniti nel Trattato né ha realizzato una disciplina completa del SEAE.

Il volume qui presentato offre una raffinata, completa ed intelligente ricostruzione di questo nuovo organo della diplomazia dell'Unione europea, percorrendo tutte le tappe della sua ideazione e definizione, ricostruendo con accuratezza la sua prassi, avvalendosi di una attenta disamina della dottrina esistente, ed analizzando tutto il materiale documentale e bibliografico così raccolto in una prospettiva multidisciplinare che combina il diritto dell'Unione europea e il diritto internazionale, senza trascurare le dinamiche politiche che hanno caratterizzato l'evolversi del SEAE. La monografia di Luca Paladini rappresenta, quindi, uno dei saggi più brillanti espressi dalla recente dottrina, che si segnala anche per la scorrevolezza e la chiarezza della sua scrittura.

L'opera, preceduta da una articolata introduzione, si dipana in cinque capitoli, concludendosi in originali considerazioni finali che rappresentano un felice risultato di ricerca.

Il primo capitolo è dedicato alla frammentazione dell'azione esterna dell'Unione europea in cui il SEAE è stato concepito anche al fine di porvi

rimedio. La seconda sezione presenta la disciplina giuridica del SEAE illustrando la decisione n. 2010/427/UE indicandone le prospettive di riforma, insieme ad altri, pertinenti, atti di diritto derivato. L'A., nel terzo capitolo, si dedica, quindi, alla natura giuridica del SEAE, che ricostruisce come organo *sui generis*, non assimilabile ad una istituzione dell'Unione, né ad un corpo diplomatico tipico di un Ministero degli affari esteri nazionale. Riprendendo anche la qualifica del SEAE adottata dall'Alto Rappresentante, Luca Paladini considera il servizio europeo per l'azione esterna come un «modern and operational foreign policy service», che, da un lato, supera la classica diplomazia statale poiché, oltre ad occuparsi di politica estera, lavora sulle questioni di commercio, difesa e ambiente – attualmente sempre più spesso appannaggio di ministeri diversi da quello degli affari esteri nelle organizzazioni statali; e, dall'altro, il SEAE non riveste, però, i caratteri dell'unicità nella rappresentanza esclusiva di un soggetto internazionale presente e attivo sulla scena globale.

Tali tratti originali e distintivi del SEAE hanno determinato risultati di successo accanto ad esiti meno favorevoli. Una sezione di particolare valore del lavoro di Luca Paladini è proprio la ricostruzione della prassi del SEAE, che gli consente di definire l'organo in questione al crocevia dell'azione esterna dell'Unione sia in senso orizzontale – tra il pilastro TUE e quello TFUE – sia verticale – ossia tra l'Unione europea e gli Stati membri. Molto apprezzabile è stata, quindi, considerata l'attività del SEAE nella costruzione della rete di protezione consolare per i cittadini dell'Unione europea; mentre, al contrario, lascia molto a desiderare la sua partecipazione nella consolidazione ed affermazione della politica commerciale comune, ove l'azione del SEAE è costantemente soppiantata dai servizi della Commissione europea, in particolare della c.d. *DG Trade*, la direzione generale dedicata al commercio internazionale.

Al termine della sua analisi, l'A. raggiunge la convinzione che il SEAE non rappresenta – ancora – il *foreign policy service* auspicato nelle intenzioni originarie dei suoi ideatori. Per renderlo pienamente utile a realizzare la funzione rappresentativa indicata nel Trattato di Lisbona, Luca Paladini indica la necessità di trasferire le competenze di tutti i portafogli dei potenti commissari della UE – per la politica commerciale, per l'allargamento – in capo all'Alto Rappresentante e al SEAE; oppure, in una chiave più riduttiva, ma verosimile, l'A. prospetta l'opportunità di rivedere la decisione n. 2010/427/UE riflettendo le funzioni effettivamente svolte dal SEAE, in modo tale da renderne più efficace l'azione, anche se non riflette l'ampiezza, l'esclusività, e l'autorevolezza che tradizionalmente connotano il corpo diplomatico di uno Stato.

Infine, l'accento conclusivo è posto sulla rilevanza della persona chiamata a svolgere le funzioni di Alto Rappresentante, data l'azione di guida che quest'ultima figura istituzionale ha sul SEAE. La scelta di una personalità politica in possesso di un'approfondita conoscenza del processo di integrazione europea e delle dinamiche delle relazioni internazionali, nonché di una visione per l'azione esterna ed estera dell'Unione, automaticamente ravviverebbe e rafforzerebbe il SEAE indirizzandolo verso una piena funzione diplomatica di gestione e rappresentanza internazionali dell'Unione a 360 gradi.

Indubbiamente, il volume qui presentato merita la più attenta considerazione non solo in ambito accademico, ma anche presso le istituzioni, europee e statali, protagoniste dell'azione internazionale dell'Unione europea.

Elisa Baroncini**

** Professore Associato, Dipartimento di scienze giuridiche, *Alma Mater Studiorum* / Università di Bologna

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

SAMANTHA ALVARES, *Avvocato in São Paulo; Dottore di Ricerca in Diritto Processuale Civile / Pontificia Università Cattolica di São Paulo*

ELISA BARONCINI, *Professore Associato, Dipartimento di scienze giuridiche, Alma Mater Studiorum / Università di Bologna*

ALESSANDRO BIANCO, *Avvocato / Foro di Parigi*

LUCA CALZOLARI, *Assegnista di ricerca / Università di Torino; Avvocato / Foro di Genova*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

STEFANO A. CERRATO, *Avvocato / Foro di Torino; Professore ordinario di Diritto Commerciale / Università di Torino*

GEÓRGIA COSTA, *Avvocato in São Paulo*

GIUSELLA FINOCCHIARO, *Professore ordinario di Diritto di Internet e Diritto privato / Università di Bologna; avvocato / Foro di Bologna*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Autorità europea per la sicurezza alimentare, Parma*

GIACOMO DALLA VALENTINA, *Dottorando in diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Milano*

LUCA GRANELLI, *Avvocato / Foro di Milano*

SALVATORE GUZZI, *Dottore di Ricerca in Diritto della Concorrenza e del Mercato nell'Unione europea / Università degli Studi di Napoli Federico II*

GISELLA LEVI CAROTI, *Partner / Herzfeld & Rubin, P.C.*

NICO LONGO, *Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche-PHD in Legal Studies/Università di Bologna*

MARIA MIGLIAZZA, *Professore associato di Diritto Internazionale / Università IULM*

ELLEN KEY PASSINI, *Avvocato in São Paulo*

IRENE ELETTRA PELARGONIO, *Avvocato; Presidente dell'AIGLI - Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana*

NICOLA PUTIGNANO, *Avvocato / Foro di Bari*

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Profesora Titular de Derecho Mercantil / Universidad Carlos III de Madrid. 2017-2018 Chair of Excellence, Oxford University, Harris Manchester College, Commercial Law Center, Oxford (Uc3m-Santander Chair of Excellence Program)*

IOANNIS TSAMICHAS, *Avvocato / Studio Legale Ioannis Tsamichas e Associati - via Akadimias 17 - 10671 Atene (Grecia) - www.tsamichas.gr*

AURORA VISENTIN-PORTANELLI, *Avvocato / Foro di Milano e Foro di Parigi*