

IL FUTURO DELL' ACCADEMIA

SCRITTI DEDICATI AGLI ALLIEVI



Vincenzo Zeno-Zencovich

47

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TIE-Press
2024



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2021 (III ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2022 (IV ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021
34. M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021
35. F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021
36. B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021
37. V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022
38. V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza*, 2022
39. E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022
40. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2020-2021*, 2022

41. J.M. PERIS RIERA, A. MASSARO, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias. Diritto Penale, Intelligenza Artificiale e Neuroscienze*, 2023
42. A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, 2023
43. F. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, 2023
44. E. RIGO (a cura di), *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, 2023
45. C. SALVI, *Cinquant'anni di scritti giuridici*, 2024
46. D. CHINNI, L. PACE (a cura di), *Il Referendum abrogativo dopo la tornata del 2022. Nuove tendenze e nodi irrisolti*, 2024



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Vincenzo Zeno-Zencovich

IL FUTURO DELL' ACCADEMIA

SCRITTI DEDICATI AGLI ALLIEVI

47

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press
2024

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press*

Roma, dicembre 2024

ISBN: 979-12-5977-399-9

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Indice

PREMESSA	9
1. Una lettura comparatistica della l. n. 675/96 sul trattamento dei dati personali	13
2. Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)	25
3. Danni non patrimoniali e inadempimento	57
4. Profili negoziali degli attributi della personalità	73
5. Voce “Cosa”	129
6. Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica	177
7. La responsabilità per procreazione	193
8. Law & Comics: Paperon de’ Paperoni, Gatto Silvestro, Bugs Bunny, Wile Coyote e la responsabilità civile	219
APPENDICE	
a) W.H. AUDEN <i>Law Like Love</i>	229
b) K. KAVAFIS <i>Itaca</i>	231

Premessa

Il titolo di questo libro può essere visto come coerente con la propensione palindromica dell'autore, che lo ha portato, nel corso della vita, a vedere le cose “*upside down, back to front, inside out*”.

Ma al di là dei giochi di parole, vorrei sottoporre alla comune riflessione due aspetti che sono forse oggetto di conversazione estemporanea, ma mai formalizzati negli scritti.

a) Qual è il senso degli “*Scritti in onore di*”? L'ipotesi che vorrei avanzare è che oggi essi abbiano un senso davvero ridotto, sia oggettivamente che soggettivamente. Oggettivamente perché in un contesto in cui la “produzione scientifica” (chiedo venia per l'uso dell'espressione ministeriale) ha ormai infiniti canali e tempi brevissimi fra la scrittura e la diffusione, il “contenitore” “*Scritti in onore*” non è in grado di indicare una opera di rilievo.

Illo tempore i volumi stampati erano pochi, come pure ridotto era il numero delle riviste. Gli “*Studi*” erano un metaforico teatro riunito per celebrare un collega importante. Ma oggi? Se si scorrono gli indici di gran parte di queste opere colpisce la grande eterogeneità dei testi. Viene chiesto di contribuire e lo si fa, generosamente, con quel che si ha sottomano; il che non sminuisce il valore del singolo contributo, ma il risultato, l'insieme (a dispetto degli ottimi propositi), finiscono per essere un costume di Arlecchino.

Beninteso, non mancano eccezioni, quando i curatori impongono ai partecipanti una tematica generale, sicché il volume si caratterizza – ed è utile – proprio perché costituisce una riflessione polifonica. Ma si tratta della eccezione.

Alla fine, però, nella generalità dei casi, il volume stampato ha contribuito nel suo piccolo alla deforestazione; ovviamente nessuno lo compra (l'editore ha fatto solo lo stampatore); e le copie – poche o tante – rimangono negli scatoloni in attesa di essere avviate al macero. I contributi necessariamente hanno dovuto trovare spazio altrove – in una rivista o in un commentario – e lì, solo lì, verranno letti o citati.

Ma anche dal punto soggettivo viene da chiedersi se davvero un gran numero di queste opere non siano in realtà, per riprendere il velenoso titolo di Walter Bigiavi, “*Scritti in onore di me stesso*”¹. Ma lì vi era una critica

¹ W. BIGIAVI, *Scritti quasi-giuridici in onore di me stesso compiendosi il mio cinquantesimo anno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 186.

al vetriolo verso taluni suoi colleghi poco amati (per Renzo Provinciali, giunto in cattedra in tarda età, “*meglio mai, che tardi*”; per Alberto Asquini “*se oltre al diritto del trasporto avesse avuto del trasporto per il diritto*”). Oggi si ha l'impressione che in molti casi sia l'“onorato” ad aver organizzato tutta l'opera, un po' come quegli sposi petulanti i quali inviano, assieme alla partecipazione, l'IBAN per la loro “lista di nozze”.

Di questi casi contemporanei di “Scritti in onore di me stesso” penso tutti abbiamo una qualche conoscenza. Insomma, se tutti sono “onorati” nessuno è onorato, e gli scritti partiti con le migliori e più beneauguranti intenzioni, finiscono per essere quelle onorificenze che riempiono un supplemento intero della Gazzetta Ufficiale e che non si negano a nessuno. Forse, in una comunità reputazionale qual è l'Accademia, ciascuno dovrebbe comprendere qual è la propria collocazione: ci sono dei veri Maestri, e poi ci sono tanti altri – compreso chi qui scrive – che hanno cercato di assolvere diligentemente ai propri compiti, con maggiore o minore successo e riconoscimento.

Molti i chiamati (alla cattedra), pochi, pochissimi, gli eletti.

b) La seconda notazione che va fatta riguarda la *dedicatio* di questi scritti. È necessaria però una più che doverosa precisazione. Nel titolo si è usata la espressione “allievi”, il che farebbe pensare che il dedicante sia un “Maestro”, il che certamente non è il caso. Il termine è utilizzato come espressione sintetica di “studiosi più giovani con i quali si sono condivise ricerche, attività didattiche e procedure accademiche”. Ed in particolare – quel che mi sembra più importante, per quanto mi riguarda – discusso, confrontato, scambiato nelle due direzioni i temi di indagine ed il loro progressivo svolgimento.

Confidando di avere così dissipato possibili equivoci, il senso di questo volume vorrebbe cogliere una caratteristica sociologica dei docenti universitari, non particolarmente analizzata.

Mi limito a svolgere considerazioni che riguardano l'ambito che meglio conosco, e cioè quello dei professori di diritto. Altri sapranno dire se ciò vale anche per altre discipline. Tuttavia, non è privo di importanza osservare che Irnerio consolidò lo *Studium* bolognese affidandolo ai suoi quattro allievi Bulgaro, Martino Gosia, Jacopo e Ugo.

Ma guardando al fenomeno nell'attualità si devono rimarcare alcune caratteristiche, difficilmente rinvenibili in altri gruppi:

a) La relativa ristrettezza del gruppo, almeno in considerazione della evoluzione demografica e socio-economica.

b) La perdurante restrizione all'accesso al gruppo in base, almeno

nell'Europa continentale, a determinazioni pubbliche (il “concorso”).

c) La mancanza di una rigida gerarchia formale, come esiste ad es. nell'esercito, sostituita da classi (da noi ordinari, associati, ricercatori) con il loro peso sociale.

d) La alta considerazione (non importa se giustificata o meno) che il gruppo in generale ha di sé stesso.

e) Il legame intergenerazionale che viene a crearsi fra docenti più anziani e quelli più giovani che aspirano ad affiancarli e poi prendere il loro posto.

Tutto ciò genera una tradizione nel senso che i sociologi attribuiscono al termine: la trasmissione di conoscenze, competenze, prassi, modi di atteggiarsi e di relazionarsi con altri gruppi, soggetti, istituzioni. E se l'università è – in tutto il mondo occidentale – tradizione, ciò richiede che vi sia non solo chi la tramandi, ma soprattutto chi la recepisca.

E dunque se, anziché rimirarsi allo specchio, si guarda al futuro, chi ritiene di far parte di quella tradizione dovrebbe essere attento soprattutto ai propri “allievi”. Non per far la parte di un saccente genitore, bensì per cercare di trasmettere idee, valori, stili, modelli che, ovviamente e naturalmente, ciascuno adatterà al cangiante contesto e alla propria sensibilità, così come ha fatto il *tradens*, il quale a sua volta, risalendo per li rami, è stato *accipiens*².

Insomma – come si saranno accorti i destinatari di questo volume con una sensazione più agra che dolce – esso non è in alcun modo un gesto di senile benevolenza, bensì il passaggio di un testimone, gravido di responsabilità, confidando di aver saputo trasmettere una idea dell'università che nel trascorrere delle generazioni deve guardare sempre avanti nelle sue ricerche, nell'insegnamento e, soprattutto, alle persone.

Post-scritto

Nella radicata convinzione della caducità degli scritti giuridici i quali raramente superano *l'espace d'un matin*, ho scelto per la riproduzione e la dedica otto lavori del secolo scorso, in epoca pre-digitale e dunque consegnati alla carta e ai depositi bibliotecari. Ho però aggiunto una piccola appendice di testi di grandi poeti, i quali mi sembra sappiano sfidare ben meglio il tempo e soprattutto esprimere una idea del diritto e della comparazione giuridica che sfugge alla elucubrazione accademica.

² Scriveva solo quindici secoli fa Boezio [*De disciplina scholarium*] “ *Miserum est enim eum fore magistrum qui nunquam se novit esse discipulum* ”.

*Una lettura comparatistica della l. n. 675/96 sul trattamento dei dati personali**

A MARGHERITA COLANGELO

SOMMARIO: 1. La l. n. 675/96 e la circolazione dei modelli giuridici – 2. Una legge sui dati personali o una legge sulla tutela della personalità? – 3. La natura giuridica del «dato personale» – 4. La tutela para-giurisdizionale dei diritti – 5. L'inarrestabile ascesa delle autorità amministrative di controllo.

1. La l. n. 675/96 e la circolazione dei modelli giuridici

Una lettura comparatistica della l. 31 dicembre 1996, n. 675 più che opportuna è indispensabile. Ed è alla mancata percezione dei profili comparatistici che sono dovuti, probabilmente, alcuni smarrimenti degli interpreti italiani di fronte a situazioni, concetti, regolamentazioni apparentemente estranei alla (o incompatibili con la) nostra tradizione giuridica.

Varrà dunque la pena ripetere per la tutela dei dati personali quel che si è ampiamente detto con riferimento ad altra recente normativa di provenienza comunitaria ed in particolare quella a protezione dei consumatori: le varie direttive sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali, sul credito al consumo, sui contratti di viaggio «tutto compreso», sulle clausole vessatorie, ecc. sono il frutto di sintesi di esperienze giuridiche maturate negli ultimi lustri in alcuni paesi della Comunità europea (in particolare, Francia, Germania, Inghilterra) e pertanto fondono più modelli ri-diffondendoli nel resto della Comunità.

In questo processo di europeizzazione dei modelli giuridici l'Italia ha svolto un ruolo quasi meramente passivo: in tutt'altre faccende affaccendato, il nostro Parlamento ha totalmente trascurato le esigenze di adeguamento della legislazione di diritto privato pur presenti e realizzate in paesi fortemente legati alle proprie tradizioni sistematiche e concettuali, come la Francia e la Germania.

L'ultima grande legge «civilistica» italiana è la riforma del diritto di

* Pubblicato in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1998, 733.

famiglia del 1975 (che, non a caso, ha rappresentato un modello per altri paesi europei). Per il resto vi è qualche modesto intervento dettato più che altro da fortissime spinte corporative e ideologiche (si pensi alla legislazione sulle locazioni del 1978 o quella sulla mediazione del 1989).

L'Italia è dunque, suo malgrado, solo «importatrice» (spesso con grande ritardo) di normazione comunitaria e dunque fa maggiore difficoltà a metabolizzare¹ istituti, concetti, soluzioni originati, sperimentati e formulati in contesti diversi. Tale difficoltà è accentuata dal fatto che la veste «comunitaria» impedisce al giurista non comparatista di rintracciare il modello originario.

Nella vicenda della tutela dei dati personali tali questioni si ripresentano, anche se con connotati in parte diversi. Ciò che è comune alla protezione del consumatore è il grande ritardo con il quale l'Italia ha adottato una disciplina organica sul trattamento dei dati personali: già negli anni '70 importanti paesi europei (fra cui la Germania e la Francia)² si erano dotati di una normativa apposita ed è del 1981 la Convenzione del Consiglio d'Europa *in subiecta materia*³.

La inerzia italiana durata dunque 15/20 anni non è priva di conseguenze, come si vedrà. L'altro fattore comune è che la l. n. 675/96, pur non costituendo, tecnicamente, attuazione della direttiva n. 46/95 del 24 ottobre 1995⁴, discostandosene per eccesso o per difetto sotto vari aspetti, tuttavia ha in essa il più evidente punto di riferimento. Il confronto fra i due testi si impone, pertanto, al fine di comprendere *ratio* e portata delle

¹ Il termine, ripreso da ORESTANO, è utilizzato da ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf.*, 1997, p. 703.

² Sui primi passi delle leggi sui dati personali, v. FROSINI, *Informatica, diritto e società*², Milano, 1992, p. 187 ss. Per una prima raccolta v. CAMERA DEI DEPUTATI (ed.), *Banche dati e tutela della persona*², Roma, 1983; per una più recente C. FRANKLIN (ed.), *Business Guide to Privacy and Data Protection Legislation*, Kluwer, L'Aja, 1996. V. inoltre l'ampia rassegna di bibliografia straniera curata da LOSANO, in GIANNANTONIO-LOSANO-ZENO-ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali, Commentario alla L. 675/96*, Padova, 1997, p. 557.

³ Per un suo primo esame v. ALPA, *Introduzione*, in ALPA-BESSONE, *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Padova, 1984, p. 15 85.

⁴ Su cui v. MIRABELLI, *In tema di tutela dei dati personali (note a margine della Proposta modificata di direttiva CEE)*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 609; COMANDÈ, *Trattamento automatizzato di dati a carattere personale, la «ley organica» 5/1992 e le iniziative italiane alla luce della proposta di direttiva comunitaria COM(92)422 DEF SYN287 del 15 ottobre 1992*, in *Resp. civ.*, 1993, p. 727; FICI-MASUCCI, *Banche dati e tutela della persona: il disegno di legge italiano deve ora superare il vaglio del legislatore comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 161; BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 38; nonché F. MACARIO, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in V. CUFFARO-V. RICCIUTO, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 5.

disposizioni normative.

Peraltro vi sono alcune significative differenze di cui tenere conto: a differenza di altri settori innovativi, il tema del trattamento dei dati personali è stato oggetto di intensa attenzione da parte non solo dei giuristi italiani⁵ ma anche dei soggetti preposti alla formazione del processo legislativo: a tal proposito non si possono non citare i lavori della commissione costituita presso il Ministero di grazia e giustizia e presieduta dal professore (e primo presidente della Cassazione) Giuseppe Mirabelli il cui frutto sono due schemi di disegno di legge (c.d. Mirabelli e Mirabelli-*bis*)⁶, nonché il ddl 1526 presentato alle Camere nella XI Legislatura dall'allora ministro della giustizia Martelli⁷ e giunto ad un passo dall'approvazione nel 1994 prima di venire bloccato da una vigorosa offensiva lobbistica e dalla concomitante crisi politica che portò ad elezioni anticipate.

Nell'esame della l. n. 675/96 anche tali testi hanno un loro valore di confronto, tenendo conto, peraltro, della circostanza che in essi, mancando ancora la disciplina comunitaria, è più marcato il richiamo alla Convenzione del Consiglio d'Europa⁸.

Il quadro di riferimento non sarebbe tuttavia completo se si tacesse la circostanza che la direttiva 46/95 che pure affonda le sue radici nelle preesistenti normative nazionali – presenta alcuni tratti originali che non possono essere trascurati. In primo luogo la direttiva non si limita a compendiare il massimo comune denominatore europeo ma in taluni aspetti va oltre, configurando una nuova disciplina del trattamento dei dati personali. In secondo luogo essa si collega ad altri interventi comunitari in campi contigui contribuendo a formare un sistema di disciplina della

⁵ A cominciare da RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; MATTEUCCI (ed.), *Privacy e banche dei dati*, Bologna, 1981; ALPA-BESSONE (eds.), *op. cit.*, Padova, 1984; AA.VV., *Banche di dati e diritti della persona*, Padova, 1985; ZENO-ZENCOVICH (ed.), *Le banche dati in Italia*, Napoli, 1985. Per una rassegna della ormai imponente bibliografia italiana v. quella a cura di MARTIS, in GIANNANTONIO-LOSANO-ZENO-ZENCOVICH (eds.), *op. cit.*, p. 547.

⁶ Per i primi passi delle formulazioni legislative v. il ddl n. 1657 presentato nella IX Legislatura e riportato in Appendice a ZENO-ZENCOVICH (ed.), *op. cit.*, p. 235.

⁷ Su cui v. FROSINI, *Note critiche al disegno di legge sulla protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1992, p. 745; GIANNANTONIO, *Il nuovo disegno di legge sulle banche di dati personali*, in *Dir. inf.*, 1991, p. 67.

⁸ Ratificata dall'Italia, ma senza effetti pratici, con la l. 21 febbraio 1989, n. 98 (pubblicata anche in GIANNANTONIO-LOSANO-ZENO-ZENCOVICH (eds.), *op. cit.*, p. 444 di cui v. il commento di LATTANZI, *La tutela dei dati personali dopo la ratifica della Convenzione europea sulle banche dati*, in *Dir. inf.*, 1990, p. 220.

circolazione di informazioni⁹. A tale proposito non si può non citare la quasi coeva direttiva 9/96 dell'11 marzo 1996 sulla protezione giuridica delle banche dati¹⁰ che, attribuendo a queste una tutela privata o simil-privativa, tende a proteggere gli investimenti fatti per la raccolta e la elaborazione di dati (molti dei quali possono essere e sono personali).

2. Una legge sui dati personali o una legge sulla tutela della personalità?

All'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 675/96, e a séguito di una serie di interventi del Garante, è stato da più parti sollevato l'interrogativo se essa sia (primariamente) una legge che disciplina il trattamento dei dati personali ovvero (primariamente) una legge a tutela della personalità, considerata nei suoi aspetti di riservatezza e identità personale.

La domanda è facile intuirlo è capziosa in quanto presupporrebbe l'esistenza di categorie rigidamente separate che consentono una classificazione netta fra i diversi tipi di legislazione. Essa tuttavia si rivela importante sia in fase esegetica che in fase applicativa per cogliere il *Normzweck* della legge e fissarne dunque taluni confini esterni che appaiono a prima vista, più ristretti nel primo caso, più ampi (molto più ampi) nel secondo.

Schematicamente a favore della prima tesi si osserva che l'esigenza di normative *ad hoc* sui dati personali nasce in correlazione con il diffondersi degli elaboratori elettronici, i quali consentono un trattamento istantaneo e incrociato di una grandissima mole di dati, raccolti e conservati anche in una pluralità di archivi¹¹. Se la personalità è messa in pericolo, ciò dipende dall'evoluzione tecnologica ed è questa che va disciplinata¹². In tal senso militano tutte le discussioni e i dibattiti che hanno portato all'approvazione

⁹ Per un efficace affresco dei molteplici aspetti, in larga misura affrontati nelle sedi comunitarie, cfr Y. POULLET *et al.* (a cura di), *Vers une société de l'information*, CRID - *Story Scientia*, Namur, 1995, nonché ora la ricerca interdisciplinare sempre curata da Y. POULLET *et al.*, *Vie privée: nouveaux risques et enjeux*, CRID *Story Scientia*, Namur, 1997.

¹⁰ Per i suoi problemi c. S. DENIS-Y. POULLET-X. THUNIS, *Banques de données : quelle protection juridique?*, CRID : -*Story Scientia*, Namur, 1988.

¹¹ Sulla sindrome del celeberrimo romanzo di George Orwell, 1984, v. V.FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989, p. 198.

¹² In questo approccio vi sono peraltro divaricazioni di rilievo in particolare da parte di chi parte dal principio della «libertà informatica» e dunque, coerentemente, adotta un approccio restrittivo ed eccezionale alle sue limitazioni: v. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*², Padova, 1997, p. 23 ss.

delle prime leggi in materia, militano pure la prevalente applicazione delle stesse, le quali, in genere, hanno preso in esame solo banche di dati. Pertanto quando non si è di fronte ad una banca dei dati e ad un trattamento automatizzato non vi sarebbe spazio per interventi innovativi, dovendosi ricorrere alle forme tradizionali di tutela.

A sostegno dell'altra tesi¹³, ci si basa per un verso sulla definizione di «dato», comprendente qualsiasi elemento – in ipotesi anche sotto forma di immagine o suono – identificativo della persona, e su quella di «trattamento» comprendente qualsiasi operazione che vada dalla «raccolta» alla «diffusione»; per altro verso sulla natura di «statuto dell'informazione» che assume la l. n. 675/96, in quanto inserita in una generale tendenza (di cui l'espressione più evidente sono le citate direttive 46/95 e 9/96) ad attribuire valore all'informazione e a tutelarne la esattezza ed i diritti di sfruttamento.

Da un punto di vista comparatistico la prima lettura trova conforto nelle varie legislazioni europee e soprattutto in quelle più risalenti e, ancor più pregnantemente, nella loro applicazione, che si è concentrata sul trattamento automatizzato dei dati personali. Un esempio in tal senso è rappresentato dalla definizione di archivio data dal n. 3(2) della legge tedesca del 1977 che esclude quelli che non possono formare oggetto di un trattamento automatizzato. Disposizione analoga è contenuta nell'art. 5 della legge francese del 1978. Conseguentemente le autorità di controllo hanno evitato di intervenire in assenza di un trattamento automatizzato ed in particolare di fronte a casi di passaggio diretto dalla raccolta alla pubblicazione/diffusione su mezzi di comunicazione di massa¹⁴.

L'orientamento, oltre che poggiare su una distinzione tecnologica, mira a tenere separati i problemi attinenti al trattamento automatizzato da quelli della libertà di manifestazione del pensiero. Questi ultimi sono visti come un'area assai delicata dove – a differenza che nel caso del mero trattamento automatizzato – non è detto che i valori della persona siano valutati come preminenti¹⁵. Oltretutto non pare ininfluyente la preoccupazione – sicuramente metagiuridica, ma non per questo meno effettiva – di non sollevare l'opposizione di soggetti che proprio perché detentori dei canali di comunicazione di massa, potrebbero trasformarsi in potenti avversari

¹³ Fra i sostenitori, da tempo, di questa tesi v. BORRUSO, *Computer e diritto, II, Problemi giuridici dell'informatica*, Miano, 1988, p. 351 ss.

¹⁴ V. i punti di riferimento offerti da VOTANO, in GIANNATONIO-LOSANO-ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, sub. art. 25, p. 222 ss.

¹⁵ Con riguardo alla Svezia, v. M.BORIESSON, *The Swedish Data Act in Transition*, in P. BLUME (ed.), *Nordic Studies in Information Technology and Law*, Kluwer, Deventer, 1991, p. 151.

dell'applicazione di tutta la legge¹⁶.

A sostegno della seconda, e espansiva, lettura si possono rinvenire altrettanti argomenti: le leggi europee più recenti per un verso non si limitano a considerare il solo trattamento automatizzato ma tendono a dare alle nozioni di dato e di trattamento una latitudine assai più ampia. In tal senso si può indicare la legge svizzera del 1992 (art. 3)¹⁷.

Questa tendenza più recente trova espressione analitica nella direttiva 46/95: nelle definizioni (art. 2) si chiarisce che il trattamento comprende qualsiasi operazione compiuta con o senza l'ausilio di processi automatizzati, e riguarda ogni fase che va dalla raccolta fino alla diffusione/comunicazione. Si chiarisce che il dato comprende qualsiasi informazione che rende identificabile la persona (e al 16° considerando si comprendono anche i suoni e le immagini). E mentre nelle prime leggi europee la tendenza era quella di estendere la disciplina solo in via eccezionale all'attività di comunicazione di massa (v. l'art. 41 della legge tedesca), nella direttiva sono le esenzioni ad essere eccezionali (37° considerando).

Vi sono dunque elementi che giustificano entrambe le letture e non consentono di escludere *a priori* la legittimità di alcune di esse.

Il punto di divaricazione fra normativa comunitaria e (più che la legge) prassi applicativa italiana è che la prima è ferma nel ritenere che il suo ambito di applicazione si fermi di fronte all'insieme di dati «non strutturati» (27° considerando) e dunque, *a fortiori*, ai singoli dati, mentre nell'interpretazione che è stata data dal Garante alla l. n. 675/96 i requisiti di cui all'art. 9 ss. si estendono a qualsiasi dato personale.

Non pare, invece, esservi divergenza fra i due testi in ordine ai beni primari della persona oggetto di tutela. Se l'art. 1 della l. n. 675/96 richiama espressamente la riservatezza e l'identità personale, la direttiva (sempre all'art. 1) indica in particolare il «diritto alla vita privata» (e l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è richiamato al 10° considerando) e la «identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale» (art. 2, lett. a), sotto la definizione di «dato personale» con una formula pressochè uguale a quella data dalla nostra giurisprudenza al diritto all'identità personale¹⁸.

¹⁶ Per una prima evidenziazione di tali problemi v. già ROPPO, *Banche dati e attività giornalistica*, in AA.VV., «*Banche di dati*», cit., p. 134. Il paese dove la questione è stata maggiormente sentita è la Germania: v. W.WEGEL, *Presse und Rundfunk in Datenschutzrecht*, Lang, Francoforte, 1994.

¹⁷ Per i suoi problemi v. PEDRAZZINI, *The Swiss Data Protection Draft Bill*, in *Law and Computers*, II, Milano, 1991, p. 1153.

¹⁸ V. Cass., 22 giugno 1985, n. 3769 (in *Dir. inf.*, 1985, p. 965, con nota di FIGONE) la

3. La natura giuridica del «dato personale»

In parte connessa al dibattito sulla natura della l. n. 675/96 è la questione della natura giuridica del «dato personale» ed in particolare di quale rapporto venga a crearsi fra interessato e dato a lui riferito. Anche qui il confronto comparatistico è di particolare interesse. Si noterà innanzitutto che il riconoscimento operato dalla Corte costituzione tedesca nel 1983 al «diritto all'autodeterminazione informativa»¹⁹ rientra in una secolare tendenza di quella giurisprudenza a tipizzare le situazioni giuridiche assolute anche al fine di poter invocare il par. 823 del BGB sull'illecito aquiliano. Il dibattito è peraltro influenzato anche dall'intitolazione dell'art. 6 della legge tedesca del 1977 la quale qualifica i diritti all'informazione, alla cancellazione, alla correzione o al blocco come «diritti indisponibili» (*Unabdingbare Rechte*).

Si riapre dunque un dibattito che, vivacissimo nell'800, soprattutto nell'area tedesca, sembrava essere stato quietato verso fine secolo con la categorizzazione da parte di Otto Gierke dei «*Personlichkeitsrechte*». Da noi invece potrebbe riproporsi l'antagonismo mai sopito fra teoria monista (unico, generale, diritto della personalità) e teoria pluralista (molteplici, ma nominati, diritti della personalità). E già si possono riscontrare posizioni divaricate con riguardo alla portata della l. n. 675/96. Va tuttavia tenuto a mente il monito autorevole di considerare la modesta incidenza pratica della diversa qualificazione²⁰. Quel che appare ragionevolmente certo è che la l. n. 675/96 amplia il riconoscimento giuridico e la tutela della personalità: taluni aspetti non devono conoscersi (ovvero non devono conoscersi al di fuori di una determinata cerchia). Altri aspetti invece devono essere conosciuti esattamente, e dunque devono essere aggiornati, completi e non sovrabbondanti. Altri ancora devono essere cancellati quando non sono più aggiornati. È dunque facile individuare in queste situazioni quelle tipiche della riservatezza, dell'identità personale (esplicitamente citati dall'art. 1, comma 1°) e dell'oblio.

Allo stato della riflessione giuridica e della percezione sociale il dato

cui massima è «Il diritto all'identità personale protegge l'interesse di ciascuno a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contrastato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale, ecc. quale si era estrinsecato o appariva, in base a circostanze concrete e univoche, destinato a estrinsecarsi nell'ambiente sociale».

¹⁹ *BVG*, 15 dicembre 1983, in *NJW*, 1984, p. 419.

²⁰ V. le conclusioni di Rescigno al Convegno «Il trattamento dei dati personali», Alghero, 19-20 settembre 1997, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

appare porsi rispetto alla personalità in modo non dissimile della singola immagine rispetto al ritrattato. Il dato costituisce l'oggettivazione della personalità del soggetto, è riproducibile senza limiti, è multiforme. E come il rapporto fra soggetto e suo ritratto può atteggiarsi in svariati modi (sotto forma di uno *ius arcendi*, sotto forma di una privativa, oggetto di una obbligazione, di indifferenza giuridica), considerazioni non dissimili sembrano potersi estendere ai dati personali.

Su un punto occorre tuttavia dissipare taluni dubbi che paiono essere emersi con l'entrata in vigore della l. n. 675/96: il dato personale costituisce (*rectius*: può costituire) un bene in quanto suscettibile di formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.)²¹. I dati sono cedibili, trasferibili, scambiabili, e, normalmente, danno vita a rapporti che al livello più generale possono qualificarsi come negoziali (in quanto vi è un atto di volontaria disposizione da parte del soggetto), ad un livello medio si qualificano come obbligatori (in quanto fanno sorgere in capo ad un soggetto obblighi giuridificati di contenuto patrimoniale), e al livello più alto si qualificano come contrattuali (in quanto la cessione del dato fa sorgere obblighi giuridici in capo a tutte le parti del rapporto).

In questo non vi è nessuna violazione del principio (peraltro di incerto fondamento) della indisponibilità dei diritti della personalità giacché è di tutta evidenza che conferendo il dato non si rinuncia alla personalità, come non si rinuncia ad essa autorizzando la riproduzione della propria immagine o l'utilizzazione del proprio nome.

Tale impostazione trova un sicuro appoggio sia normativo che pregiuridico nella direttiva 9/96 sulla tutela giuridica delle banche di dati. Qui l'insieme dei dati, in quanto dotato di determinate caratteristiche, gode di una tutela privativa (diritto d'autore) o simil-privativa (divieto dell'estrazione «sleale»). Ma se la banca dati è una universalità occorre pure che essa sia composta da un insieme di beni. E ciò si dice non sulla scorta di tratte definizioni storico-dogmatiche bensì perché è l'esperienza sociale ad attribuire valore economico al singolo dato (per l'esempio più banale basti pensare al numero di telefono contenuto in un annuario per la cui

²¹ Il tema dell'informazione come bene è al centro della riflessione giuridica proprio in conseguenza della crescente diffusione delle banche di dati: per una prima riflessione v. CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Inf. dir.*, 1983, I, p. 15; J.P.CHAMOUX *L'appropriation de l'information*, Litec, Parigi, 1986; PARDOLESI-MOTTI, «L'idea è mia!»: *lusinghe e misfatti dell'economics of information*, in *Dir. Inf.* 1990, p. 345; PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326; nonché, volendo, ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1990.

consultazione paghiamo somme anche non indifferenti)²².

Seguendo un siffatto inquadramento sistematico la conclusione è che con rispetto ai dati personali sono applicabili tutti quegli schemi giuridici utilizzati nelle attività negoziali²³ concernenti attributi alla personalità²⁴, temperati tuttavia dall'esistenza di una dettagliata disciplina, dettata dalla l. n. 675/96, che invece non troviamo, o troviamo in maniera assai più scarna, con riguardo al nome e all'immagine.

4. *La tutela para-giurisdizionale dei diritti*

Il comparatista ha un ulteriore aspetto che attira la sua attenzione nella l. n. 675/96 e cioè quello relativo alla tutela delle situazioni giuridiche. La legge – oltre a prevedere penetranti poteri *ex officio* - individua all'art. 29 un duplice binario remediale che, nella sua prima fase, è nettamente separato ed è retto dal principio *electa una via*: il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria rende improponibile quello al Garante e viceversa. Solo ultimata la fase avanti il Garante la decisione di quest'ultimo può essere impugnata innanzi all'a.g.o. Ciò che interessa rimarcare è che situazioni giuridiche – la cui consistenza pare potersi qualificare come il diritto soggettivo assoluto – trovano tutela in decisioni di un organismo che – al di là delle sue discussioni sulla natura delle c.d. autorità amministrative indipendenti – sicuramente non fa parte della magistratura²⁵. Il che scompagina la tradizionale ripartizione diritti soggettivi-giudice ordinario, interessi legittimi-giudice amministrativo, e infrange il monopolio sulla tutela giurisdizionale dei diritti²⁶.

²² Senza considerare che in taluni casi i dati possono considerarsi «beni pubblici»: v. C. DE TERWANGNE – T. DE LA CROIX-DAVIO (eds.) *L'accès à l'information administrative et la commercialisation des données publiques*, CRID – *Story Scientia*, Namur, 1993.

²³ Sulla natura negoziale di tali atti v. la chiara impostazione di OPPO nel suo intervento al convegno «Il trattamento dei dati personali», cit.

²⁴ Sia consentito rinviare all'elencazione dei problemi esposta in ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 545.

²⁵ Vi è un precedente rappresentato dalla possibilità, prevista dall'art. 10 della l. 6 agosto 1990, n. 223, di ricorrere al Garante della radiodiffusione per chiedere la trasmissione coattiva di rettifiche sulla radio e la televisione. Tuttavia l'automutilante regolamento adottato dal Garante (D.p.r. 27 marzo 1992, n. 255, art. 5 ss.) ha di fatto dissuaso chiunque ad utilizzare tale rimedio. In otto anni i casi decisi si contano sulle dita di due mani.

²⁶ Per una ampia analisi dei poteri del Garante in questa materia v. i commenti di ARIETA e di CARDARELLI in GIANNATONIO-LOSANO-ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, sub. art. 29, p.

Nihil sub sole novi, peraltro, giacchè quanto disposto dalla l. n. 675/96 trova riscontro e modello in tutte le legislazioni preesistenti e nella direttiva 46/95, le quali attribuiscono ad una Autorità – variamente composta e designata, ma comunque sempre estranea all’ordine giudiziario – incisivi poteri di *enforcement*, anche su istanza degli interessati.

La novità sarebbe dunque solo relativa, se non fosse che essa offre sostegno, in un sistema di *civil law*, ad uno dei più classici brocardi di *common law*: *remedies precede rights*.

Infatti la consistenza degli interessi assicurati dalla l. n. 675/96 appare, in concreto, disegnata dagli strumenti di tutela accordati e dall’*iter* procedimentale²⁷. Scendendo sul terreno operativo un conto è affermare che la l. n. 675/96 richiede che il trattamento dei dati personali avvenga nel rispetto del diritto all’identità personale, altro e ben più completo conto è attribuire all’interessato la facoltà – autoritativamente assistita – di ottenere la cancellazione, la anonimizzazione, il blocco, l’aggiornamento, la rettifica e l’integrazione dei dati che lo riguardano.

In tal modo, infatti, al soggetto che si pretende leso non è lasciato – in base agli schemi tradizionali – il mero ricorso al rimedio risarcitorio e, in via cautelare, a quello inibitorio (soggetto peraltro all’accertamento dei rigorosi requisiti del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*²⁸), bensì è offerta una panopia di rimedi in forma specifica, tutti ritagliati sulle particolarità dei dati personali, che vedono il titolare dei dati in posizione di soggezione rispetto alla richiesta dell’interessato e all’eventuale successivo provvedimento del Garante.

Per cogliere l’evoluzione del sistema si consideri la genesi del diritto all’identità personale, creazione della cautela pretorile e modellata sulle esigenze dell’art. 700 c.p.c.: per concedere il rimedio richiesto era necessario costruire una figura che, almeno all’apparenza e a prima vista, presentasse i caratteri del diritto soggettivo.

Quando poi viene introdotta, nel 1981, la nuova disciplina della

265 ss.; di BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 463 ss., nonché gli interventi di MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento dei dati personali*, (ora in *Foro it.*, 1998, V, c. 49) e di DI MAJO al convegno «Il trattamento dei dati personali» cit.

²⁷ Sul punto v. le ampie considerazioni di RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 96 ss.

²⁸ Si possono citare, in negativo, le prime pronunce giurisprudenziali che sulla base dell’art. 1469-*sexies* c.c. avrebbero dovuto sanzionare, *erga omnes*, la vessatorietà di condizioni generali di contratto nei confronti dei consumatori: v. per tutte le ordinanze di varia data del Tribunale di Torino in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 788.

rettifica a mezzo stampa il rapporto fra rimedio e diritto è diventato ancor più stretto finendo per compenetrarsi²⁹.

Ora con la l. n. 675/96 il quadro è pressoché completato: il diritto all'identità personale si presentava «forte» in sede cautelare (e qui le facoltà introdotte accentuano tale profilo), ma «debole» in sede di merito giacché il danno di cui si poteva chiedere il risarcimento – in assenza di reato – era solo simbolicamente ed esigualmente patrimoniale. Adesso non solo l'art. 29, comma 9°, autorizza il giudice a liquidare il danno non patrimoniale anche al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 185 c.p.c., ma in sostanza buona parte dei rimedi offerti possono configurarsi come ipotesi di risarcimento in forma specifica in quanto miranti a ricostruire la esatta identità del soggetto.

5. *L'inarrestabile ascesa delle autorità amministrative di controllo*

Quanto si è appena detto sulla tutela para-giudiziale dei diritti da parte del Garante per la protezione dei dati personali, offre lo spunto per alcune considerazioni di carattere più generale sul ruolo di siffatte autorità amministrative indipendenti³⁰.

Sarebbe infatti riduttivo valutare il ruolo attribuito al – e progressivamente assunto dal – Garante isolatamente senza collocarlo in un più vasto contesto di mutamento istituzionale.

Sarebbe sufficiente elencare tutte le Autorità esistenti (Commissione nazionale per le società e la borsa; Garante per l'editoria e la radiodiffusione; Autorità garante per la concorrenza e il mercato; Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione; Autorità per l'energia elettrica e il gas) e quelle in via di costituzione (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) o di trasformazione (Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private) per rendersi conto dell'area che è stata e sarà progressivamente coperta.

Ciò comporta che interi settori di enorme importanza nella nostra

²⁹ V. TREVISAN, *L'«urgenza» codificata: diritto di rettifica e art. 700 cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, p. 265; TOMMASEO, *In margine al caso Tortora: cronaca televisiva e attuazione con provvedimento d'urgenza del diritto di rettifica*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 649; nonché volendo ZENO-ZENCOVICH, *La rettifica: diritto soggettivo o rimedio processuale?*, in *Dir. inf.*, 1985, p. 248.

³⁰ In generale v. CASSESE-FRANCHINI (eds.), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; NICCOLAI, *I poteri garantiti dalla costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; ID (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997.

vita economica e sociale saranno sempre più governati da entità dotate di penetranti potestà amministrative, pur non facendo parte dell'esecutivo. Nel contempo a queste entità, spesso, sono attribuite – come s'è visto per il Garante dei dati personali, ma già conosciamo in concreto per l'Autorità *antitrust* – potestà paragiurisdizionali finalizzate alla risoluzione di controversie fra soggetti, rispetto alle quali l'ente assume una posizione, almeno formale, di terzietà. Infine, con riferimento al Garante per la protezione dei dati personali e all'Autorità per le comunicazioni (e ancor più se venisse approvato l'art. 109 del progetto di riforma della costituzione elaborato dalla c.d. commissione bicamerale)³¹ i componenti di tali entità vengono eletti dal Parlamento e dunque riflettono la rappresentatività del legislativo.

Di fronte alla trasmigrazione dei poteri così incisivi in capo a soggetti non più inquadrabili nella tradizionale tripartizione cui sono abituate le democrazie di stampo liberale, le questioni che sorgono sono poste soprattutto agli studiosi del diritto costituzionale e del diritto pubblico comparato. Ma anche il privatista comparatista non può rimanere indifferente come non lo è stato con riguardo all'incidenza della Costituzione e dei suoi valori e del diritto comunitario.

Per lungo tempo siamo stati abituati, sul continente europeo, a considerare come principali fonti della norma la legislazione e la giurisprudenza. Dovremo abituarci a inserire fra le variabili da cui essa viene formata anche l'attività di questi nuovi soggetti, e ciò con riguardo a situazioni di cui sono titolari i privati che sono eminentemente non patrimoniali, come gli attributi della personalità³².

³¹ Secondo il quale i componenti delle autorità «di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali» verrebbero nominati dal Senato.

³² L'attenzione viene solitamente concentrata sulla regolazione di situazioni qualificabili come interessi legittimi: v. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in CASSESE-FRANCHINI, *op. cit.*, 55 ss.; NICCOLAI, *op. cit.*, p. 227 ss.

Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori») ***

A ANNA MARIA MANCALEONI

SOMMARIO: 1. Il legislatore comunitario e il diritto dei contratti – 2. La formazione del contratto – 3. La forma del contratto – 4. La causa e l'oggetto del contratto – 5. Gli effetti del contratto – 6. Cessione del credito contrattuale e delegazione di pagamento – 7. Le invalidità del contratto – 8. Adempimento, inadempimento e risoluzione – 9. Verso la categoria dei «contratti dei consumatori». – 10. Un diritto europeo dei contratti commerciali – 11. Conclusioni.

1. Il legislatore comunitario e il diritto dei contratti

Il diritto dei contratti – cioè l'insieme di quelle disposizioni volte a disciplinare in generale l'attività contrattuale dei privati e comprendente, nel nostro ordinamento, le norme sulle obbligazioni, quelle sui contratti in generale, e quelle sui singoli contratti contenute nel codice civile – ha rappresentato in quest'ultimo mezzo secolo uno dei punti di riferimento più sicuri per il civilista. Come le strade di un borgo o le rotte di un mare percorso infinite volte, la struttura codicistica nelle sue sequenze e scansioni, nelle sue intersezioni e connessioni era familiare al giurista anche per la sua sostanziale stabilità. Se raffrontata ad altre parti del codice certamente il Titolo I ed il Titolo II del Libro IV sono fra quelli che hanno subito minori modificazioni. Nessuna grande riforma legislativa come per il diritto di famiglia; praticamente inesistente l'apporto abrogativo o additivo della Corte costituzionale; nel solco della tradizione – salvo le ovvie eccezioni – l'apporto della giurisprudenza la quale certamente per i contratti non ha svolto quel ruolo creativo unanimemente riconosciuto nel capo dei diritti della personalità e della responsabilità civile. Indubbiamente il fenomeno

* Pubblicato in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, IV, 57.

** Il presente scritto è destinato agli «Studi in onore di Rodolfo Sacco» e costituisce il primo risultato di una ricerca condotta nell'ambito di un Progetto strategico del Consiglio Nazionale delle Ricerche, coordinato dal prof. Victor Uckmar, su «Il modo di formazione delle leggi».

della decodificazione¹ ha colpito il Titolo III – si pensi alla locazione e ai contratti agrari o la vicenda, tutta corporativa, della mediazione – ma non è riuscito, per così dire, ad abbattere i muri maestri di alcuni contratti di grande importanza come la vendita e l'appalto. Comunque nulla di paragonabile alla disciplina del contratto di lavoro o della proprietà, superata dall'evoluzione economica e sociale, prima ancora che dalla legislazione speciale.

Ma la stabilità non ha affatto significato appiattimento, anzi essa è da porsi alla base del grande sviluppo della ricerca civilistica sui temi delle obbligazioni e dei contratti; possono essere cambiate, nel corso dei decenni, le letture, le metodologie, le finalità ma così come possono cambiare le interpretazioni di un monumento o di un'opera d'arte, senza che questi mutino. O, sempre per continuare con le metafore, come la parete rocciosa scalata tante volte sollecita l'alpinista a cercare nuove vie per arrivare in vetta.

Non è certo un caso che le grandi menti del pensiero giuridico italiano dell'ultimo mezzo secolo hanno ritenuto essenziale cimentarsi con i temi e i problemi dell'obbligazione e del contratto e su di essi abbiano scritto alcune fra le pagine più belle nella nostra storia del diritto.

Questo (felice) stato di cose sta per finire?

Probabilmente no, anche perché occorrono decenni se non generazioni prima che una *forma mentis* cambi.

Quello di cui occorre prendere atto è che è in corso una vasta modifica non di questo o quell'aspetto del diritto dei contratti, ma dell'intera materia in tutti i suoi momenti (conclusione, forma, effetti, validità/invalidità, scioglimento, risarcimento). Il mutamento è determinato non da una riforma legislativa votata dal nostro Parlamento, né da una generale revisione del codice civile, bensì dalla prepotente pressione del diritto comunitario che impone ai legislatori nazionale di adeguare e uniformare il proprio ordinamento alle Direttive della Comunità Europea.

Per un verso non si tratta di una situazione isolata: è sotto l'occhio di tutti la incapacità del Parlamento italiano di adeguare spontaneamente la legislazione nazionale ai mutamenti economici e sociali di questi ultimi decenni. Sono diffuse e largamente condivise le analisi che imputano siffatto stato di cose al ruolo assunto dal Parlamento di affermazione e/o composizione di interessi particolaristici: una legge viene approvata se essa attribuisce privilegi (economici, professionali, di *status*) a questa o quell'altra categoria; ed è fin troppo nota la correlazione fra legislazione e disavanzo della spesa pubblica.

¹ Il richiamo è alla tesi esposta (e al termine coniato) da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1980.

Quando nei tempi più recenti il Parlamento si è cimentato nella produzione di testi aventi ad oggetto tematiche realmente di interesse generale, il risultato è stato comunque fortemente influenzato da spinte settoriali: l'esempio più eclatante è costituito dalla L. 6 agosto 1990, n. 223, sul sistema radiotelevisivo, la cui struttura e contenuto risentono in maniera determinante del clima poco edificante che contraddistingue il dibattito parlamentare.

Non stupisce affatto, dunque, che per un verso la nuova legislazione sia il risultato dell'esigenza di rispettare impegni assunti in sede internazionale², per altro verso che sempre maggiore sia la tendenza a delegare l'attività legislativa al Governo limitando l'intervento del Parlamento all'approvazione della (scarna ed essenziale) legge di delega.

È sufficiente scorrere le c.d. leggi comunitarie che fissano gli adempimenti annuali per l'adeguamento alle Direttive comunitarie³ per verificare la vastità e profondità del fenomeno.

Che si sia individuata una strada per evitare la palude parlamentare è senz'altro positivo (anche se si sarebbe preferito evitare il male, invece che ricorrere a siffatto rimedio); ma ciò comporta tre ordini di problemi tutt'affatto che ininfluenti rispetto al tema di questo scritto. In primo luogo lo spostamento del centro decisionale dal Parlamento nazionale alle Autorità comunitarie determina che in quest'ultima sede si riversino tutte quelle pressioni particolaristiche che altrimenti si sarebbero esplicate in ambito nazionale. In secondo luogo la norma prodotta in sede comunitaria tende a riflettere schemi giuridici e interessi propri dei paesi più importanti: Germania, Gran Bretagna, Francia. E ciò sia per il peso specifico all'interno degli organismi, sia per la maggiore organizzazione dei gruppi di pressione, sia per la frequente e pre-esistenza di legislazione nazionale sul problema oggetto di intervento comunitario, sicché essa funge da base per il testo europeo. Infine la circostanza che la produzione legislativa avvenga all'estero e per stadi (ciascun problema viene affrontato per conto suo) rende difficoltoso il coordinamento con la normativa nazionale.

² Si v. la lunga lista di inadempienze italiane nell'*Indagine conoscitiva sulla partecipazione dell'Italia alle fasi formative ed applicative del diritto comunitario* svolte dalla Giunta per gli Affari della Comunità Europea del Senato della Repubblica di Roma, 1991 e nel *Rapporto sugli aspetti e i problemi della partecipazione italiana alla Comunità Europea* presentato dal Ministro per il coordinamento delle politiche comunitarie al Senato nel dicembre 1991.

³ Spostamento che è dovuto anche a precisi impegni internazionali si v. l'Atto unico Europeo (ed in particolare la riformulazione degli artt. 100 e segg. del Trattato di Roma) (v. il commento curato da J. DE RUYT, *L'Acte Unique Européen*, Bruxelles, 1989, 166 e segg.) ed ancora più il c.d. Trattato di Maastricht e la modifica degli artt 100 e segg. e le procedure semplificate introdotte dagli artt. 189 e segg.

Finora i civilisti erano rimasti soltanto marginalmente coinvolti dalla iper-attività delle autorità di Bruxelles; vi era forse un senso di compatimento per i colleghi commercialisti o agraristi, costretti a fare i conti i primi con profondi interventi sul diritto delle società⁴, della banca e della borsa, gli altri con un profluvio di regolamenti disciplinanti ogni pianta, animale, prodotto, o ogni attività agricola.

Solo nel 1988 con l'introduzione del D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, sulla responsabilità del produttore per prodotti pericolosi, si era avuto un saggio delle conseguenze dell'intervento comunitario sul diritto privato interno⁵. Tuttavia le reazioni non potevano che essere influenzate dal fatto che il tema della responsabilità del fabbricante era stato dissezionato in ogni suo aspetto della dottrina, che vi aveva dedicato migliaia di pagine⁶, e dalla circostanza che, a ben vedere, il D.P.R. n. 224/1988 non sostituiva la disciplina codicistica che va dall'art. 2043 all'art. 2059 c.c., ma la affiancava offrendo una tutela concorrente a quella già esistente.

La prospettiva che ora si presenta è ben diversa. In parte essa è già realtà, in parte essa è *in fieri*.

I testi che si devono tenere presenti sono il D.Lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 (Attuazione della Direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali)⁷; gli artt. 18-24 della L. 19 febbraio 1992, n. 142 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea, Legge comunitaria per il 1991) concernenti la disciplina del credito al consumo⁸ (direttamente

⁴ V. i numerosi interventi in AA.VV., *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991 (con a pag. 59 e segg. una tavola sinottica sull'attuazione delle varie direttive in materia societaria).

⁵ Fra i numerosi commenti v. AA.VV., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990; G. ALPA, M. BIN, P. CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Padova, 1989; S. PATTI (a cura di) *Il danno da prodotti in Italia, Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera*, Padova, 1990.

⁶ G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975; U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979.

⁷ Per un primo commento v. quello curato da A. STOPPA in C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1992.

⁸ Per una prodromica ricerca nel diritto francese, belga e lussemburghese, v. E. CEREXHE, A. DANSE, B. VERSTRAETE, *La vente à tempérament et son financement dans le marché commun*, Namur, 1970-1971; per un primo commento alla Direttiva v. P. LATHAM, *Dispositions communautaires relatives au crédit à la consommation: la Directive 87/102 CEE du 22 décembre 1986*, in *Rev. Marché Commun*, 1988, 219. Per una prima analisi della L. 142/92 v. G. DE NOVA, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al*

in vigore senza bisogno di legge delegata, salve le integrazioni demandate al Ministero del Tesoro e introdotte con il D.M. 8 luglio 1992); cui si aggiungono le Proposte di direttiva del Consiglio CEE sulle clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori (COM [90] 322 def. SYN 285)⁹, sulla responsabilità del fornitore di servizi (COM [90] 482 def. SYN 308), e sulla tutela del consumatore nei contratti negoziati a distanza (COM[90] 11 def. – SYN 441).

Inoltre – e in primo luogo – occorre considerare la Risoluzione 26 maggio 1989 del Parlamento Europeo sul ravvicinamento del diritto privato degli Stati membri della Comunità.

Proprio a quest'ultimo atto – di per sé privo di effetti normativi nei singoli paesi della Comunità – conviene prendere le mosse in quanto mette in luce le linee di tendenza del processo in atto.

La Risoluzione evidenzia che la Comunità ha provveduto alla armonizzazione di numerosi aspetti singoli del diritto privato, ma non intere branche di esso. Un siffatto processo di unificazione per un verso faciliterebbe i rapporti con i paesi extra-comunitari, per altro verso favorirebbe lo sviluppo del mercato comune. Sotto questo aspetto si indica prioritariamente il diritto dei contratti.

L'obiettivo dovrebbe essere quello della redazione di un codice europeo del diritto privato e a tal fine il Parlamento chiede alle autorità della comunità di sostenere, anche finanziariamente, gli studi di diritto comparato europeo ed i tentativi di codificare il diritto privato europeo.

Non ci si può soffermare – d'altronde è stato fatto da altri più autorevolmente in un recente incontro¹⁰ – sulla forza che l'idea di codice continua ad esercitare nella cultura giuridica del continente europeo. Quel che rileva è la individuazione del diritto dei contratti come campo privilegiato di iniziative unificanti; e d'altra parte non potrebbe essere diversamente, considerati i fondamenti economici e commerciali della Comunità.

Il decreto legislativo, la legge e le tre proposte di Direttiva che si sono appena citati sembrerebbero muoversi nel senso della disciplina di aspetti particolari del diritto privato. Esaminandoli più attentamente essi in realtà evidenziano una prima, generale, unificazione di regole riguardanti non questo o quel tipo contrattuale, bensì ogni tipo contrattuale assumendo

consumo, in *Riv. Trim. e Proc. Civ.*, 1992, 905.

⁹ V. G. ALPA – M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991, 151 e segg.; nonché l'indagine preparatoria curata da TH. BOURGOIGNIE, *Unfair terms in consumer contracts*, Lovanio, 1983; e precedentemente, T.V. ANDERVELD, *Les moyens d'action des consommateurs face aux pratiques commerciales abusives*, Ginevra, 1979.

¹⁰ Di cui v. *infra*, al par. 10.

come carattere distintivo non tanto il contenuto del contratto bensì la qualità delle parti, di cui una è un «consumatore».

Piuttosto che trattare isolatamente ciascuno dei testi prima indicati, conviene verificare la complessiva incidenza sulla generale disciplina delle obbligazioni *ex contractu* come delineata dai titoli I e II del IV libro del codice civile. Occorre certo tenere conto del diverso grado di completezza dei singoli testi: solo i primi due hanno diretta efficacia giudiziale, mentre per gli altri tre testi si è ancora allo stadio, sia pure avanzato, della Proposta, la quale, se approvata, dovrà essere attuata dai singoli legislatori. Tuttavia – postulando che non vi siano radicali modificazioni in sede di approvazione e implementazione – è possibile tracciare le linee essenziali della nuova disciplina dei contratti.

2. *La formazione del contratto*¹¹

Per i contratti «negoziati» fuori dei locali commerciali (con le esclusioni di contenuto e di valore previste dalla legge) con un consumatore il D.Lgs. n. 50/1992 introduce un ampio e minutamente disciplinato «diritto di recesso»: anche se ciò atterrebbe sostanzialmente ai profili dell'efficacia del contratto già concluso, a ben vedere tale facoltà di recesso si trasforma in facoltà di revocare la propria proposta, indipendentemente da qualsiasi clausola patiziosa contraria, ogni qualvolta (e si tratta di casi assai frequenti) la procedura di formazione di contratto sia strutturata, almeno formalmente, come se la proposta provenisse dal consumatore.

Di solito – infatti – si pensi solo alle vendite per corrispondenza – il consumatore sottoscrive una richiesta subito vincolante per lui ma soggetta ad accettazione – generalmente espressa attraverso l'esecuzione – del fornitore¹².

In tali casi sarebbe improprio parlare di «recesso» da un contratto non ancora perfezionato. L'intervento legislativo in buona sostanza esclude che la proposta del consumatore possa essere irrevocabile, introducendo quindi una eccezione all'art. 1329 c.c.

Applicazione analoga potrebbe farsi dei principi contenuti nella pro-

¹¹ Per la disciplina nei diversi paesi europei v. la ricerca diretta da R. RODIERE, *La formation du contract*, Parigi, 1976.

¹² Sui problemi e la equivocità della formulazione del nostro art. 1321, c.c. in ordine alla formazione del consenso v. R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, e segg. 50 e segg.

posta di Direttiva sulle clausole vessatorie. Si usa il condizionale per due ordini di dubbi: in primo luogo perché il testo parla di «contratti» e quindi potrebbe obiettarsi che la proposta vincolante del (e per il) consumatore non costituisce in senso proprio di un contratto. Tale lettura rischia tuttavia di essere troppo incentrata sulla nozione continentale di contratto. Ma se si tiene mente che la Direttiva, se approvata, dovrà applicarsi anche ai paesi di *common law* ove la struttura del contratto presenta non poche differenze (la più importante delle quali è quella di qualificare come contratti molte promesse unilaterali), sembra corretto sostenere che siano sanzionate di nullità le clausole vessatorie unilateralmente «autoimposte» al consumatore proponente¹³.

Il secondo dubbio riguarda la qualifica di «vessatorie» a clausole le quali impediscano al consumatore di revocare la propria proposta. L'allegato alla proposta di Direttiva non inserisce tale ipotesi fra quelle ivi indicate a titolo esemplificativo. Dovrebbe pertanto verificarsi, in concreto, se la singola clausola «crea a danno del consumatore uno squilibrio significativo fra i diritti e gli obblighi delle parti» oppure «consente una esecuzione del contratto ingiustificatamente sfavorevole al consumatore». Se la verifica fosse positiva si introdurrebbe una ulteriore eccezione all'art. 1329 c.c. questa volta non limitata ai soli contratti negoziali fuori dai locali commerciali, ma a tutti i contratti di cui sia parte un consumatore.

Vi è un'altra notazione in tema di formazione del contratto: per espressa previsione il D.Lgs. n. 50/1992 si applica anche «ai contratti riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, negoziati fuori dei locali commerciali sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, e finalizzata ad una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici».

Nel caso delle c.d. «vendite televisive» (assai diffuse da ormai molti anni)¹⁴ vi è una interazione fra televisione e telefono nel senso che il

¹³ E a tale proposito si potrebbe richiamare l'ampia formulazione del nostro art. 1324 c.c.

¹⁴ Il modello della disciplina comunitaria è costituito dalla legge francese del 6 gennaio 1988, su cui v. l'ampio commento di G. PAISANT, *La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le «téléachat»*, in *JCP*, 1988, 3350. Tale legge viene espressamente richiamata dal Consiglio consultivo degli utenti presso l'ufficio del Garante per la radiodiffusione nel suo «Parere sulle televendite» dell'11 novembre 1991 (nel resoconto delle Attività del Consiglio 1991 pubblicato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1992, 38). La legge è stata poi integrata ed estesa a tutte le forme di vendita a distanza, compresa quella telematica, dalla L. 23 giugno 1989, su cui v. il commento di J. HUET, *Protection des consommateurs dans des opérations comme le démarchage téléphonique, les prestations de service télématique, l'utilisation d'un publiphone*, in *Droit de l'informatique*, 1989, n. 4, 99.

consumatore utilizza quest'ultimo mezzo per richiedere un determinato bene o servizio oppure (come nel caso delle «aste televisive») per offrire un prezzo per l'oggetto proposto in vendita. Non è sempre chiara la qualificazione da attribuirsi alla telefonata del consumatore: se mera proposta oppure accettazione della proposta formulata con il mezzo televisivo. Anche qui, comunque si applicherà il principio della non irrevocabilità dell'offerta del consumatore.

Per i contratti «informatici e telematici» (i quali, assieme a quelli televisivi, per la prima volta vengono disciplinati nel nostro ordinamento)¹⁵ si noti che è l'utente «interrogando» il sistema, a richiedere le informazioni cui è interessato e dunque anche a sollecitare l'offerta di beni o servizi: se si tratti di proposta contrattuale o di offerta al pubblico, oppure se l'impulso inviato dall'utente debba considerarsi accettazione o proposta che il fornitore si riserva di accettare dipenderà in gran parte dal programma che gestisce il sistema¹⁶. Ma quel che preme sottolineare (e lo si ribadirà con riguardo ai profili dedicati alla forma) è che il consenso possa essere prestato attraverso una rete telematica¹⁷: la conclusione avrebbe potuto essere piana estendendo le considerazioni a suo tempo svolte con riguardo ai contratti perfezionati con il mezzo del telex¹⁸. Va tuttavia rimarcata la non marginale differenza costituita dalla natura dei servizi telematici, nei quali non vi è una comunicazione di una sola parte nei confronti di un'altra, bensì una interazione di messaggi fra due soggetti, nella quale ciascuna risponde ed agisce sulla base degli impulsi che provengono dall'altra¹⁹.

Quanto si è finora detto è suscettibile di trovare conferma o smentita nella proposta di Direttiva sui contratti negoziati a distanza, qualora essa venga approvata nel suo testo attuale²⁰. Il suo contenuto, infatti si

¹⁵ Sulle vendite telematiche v. la prima ricognizione di T. PASQUINO, *La vendita attraverso reti telematiche: profili civilistici*, in *Dir. Inf.*, 1990, 697, ove ampi richiami di dottrina, nonché EAD, *Le vendite telematiche nella disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Dir. Inf.*, 1992, 992.

¹⁶ V. E. GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici dei fondi e autonomia privata*, Milano, 1986, 77 e segg.; S. MACCARONE, *I trasferimenti elettronici di fondi del diritto italiano*, in *Dir. Inf.*, 1985.

¹⁷ Sul punto v. R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985, 149 e segg.; G. MIRABELLI, *Contratto tra terminali e documento elettronico*, in *Il Notaro*, 1986, 26.

¹⁸ V. R. TRANQUILLI-LEALI DE ANGELIS, *Rilievi sulla disciplina giuridica dei messaggi telex*, in *Banca Borsa*, 1983, I, 216.

¹⁹ R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., 59 e segg.; F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computers*, Padova, 1987, 33 e segg.

²⁰ La tematica e le possibilità di giungere ad una disciplina uniforme erano state approfondite sin dagli anni '30 da una commissione di studi promossa dall'UNIDROIT

sovrappone spesso (e talvolta ricalca) quanto disposto dal D.Lgs. n. 50/1992 sia perché i contratti a distanza sono per loro natura negoziati fuori da un locale commerciale, sia perché il legislatore italiano, nel lodevole intento di colmare una lacuna, ha espressamente esteso la disciplina comunitaria ai contratti «televisivi» e «telematici».

Sotto il profilo della conclusione del contratto la Proposta prevede che la sollecitazione da parte dell'impresa nei confronti del consumatore non solo sia esplicita sul suo fine commerciale ma fornisca anche l'identità del fornitore, le caratteristiche essenziali del prodotto o del servizio, il prezzo, la quantità e il costo del trasporto, il modo di pagamento, modalità di consegna e di esecuzione, la durata di validità della sollecitazione²¹.

Non vengono indicate le conseguenze dell'eventuale mancato rispetto di tali adempimenti: tuttavia in una ottica privatistica pare ragionevole indicare nella norma una funzione di tutela della corretta formazione della volontà del consumatore, con le conseguenti sanzioni invalidanti il negozio qualora essa venga violata.

D'altra parte se al consumatore fosse offerto solo l'ordinario mezzo dell'annullamento per vizio del volere – con tutte le difficoltà di dimostrare l'errore proprio o il dolo altrui – la norma sarebbe priva di effetto pratico²².

La proposta inoltre tende a disciplinare la (spesso truffaldina) prassi della fornitura di prodotti o servizi non richiesti: il malcapitato consumatore si vede recapitato un prodotto da lui mai ordinato di cui poi gli viene imposto il pagamento. Viene chiesto agli Stati membri di prendere misure per impedire tale pratica commerciale ed in caso di sua effettuazione

sotto l'egida della Società delle Nazioni, presieduta da Mariano D'Amelio e di cui facevano parte, fra gli altri, Alberto Asquini e Henri Capitant. I lavori si conclusero nel 1937 con la redazione di un *Avant-projet d'une loi uniforme sur la formation des contrats internationaux par correspondance*. La crisi internazionale ed il conflitto mondiale ne bloccarono gli sviluppi. Tuttavia una serie di questioni furono riprese nel dopoguerra dalla Commissione UNDRIT per la conclusione e la validità dei contratti di vendita internazionale di beni mobili prodromica alla Convenzione dell'Aja (fra i componenti, oltre a A. Bagge che faceva parte della prima commissione UNIDROIT, T. Ascarelli, T. Ravà, A. Tunc), V. inoltre i commenti al Progetto di legge uniforme dell'UNIDROIT su *La formazione dei contratti commerciali*, Napoli, 1976.

²¹ Sugli obblighi di informazione verso il consumatore si vedano i numerosi saggi in M. GOYENS (a cura di), *Price information and public price controls, consumers and market performance*, Lovanio, 1986; V. CHRISTIANOS, *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*, Lovanio, 1987; E. BALATE, J. STUYCK (a cura di), *Pratiques du commerce & Information et protection du consommateur*, Lovanio, 1988.

²² Peraltro le difficoltà sono comuni a gran parte dei diritti europei: v. la ricerca diretta da R. RODIERE, *Le vices du consentement dans le contrat*, Parigi, 1977.

di provvedere che il consumatore possa disfarsi del prodotto inviato, precisando che il silenzio del consumatore non vale come consenso. Ora non v'è dubbio che nei paesi di *civil law* (ed anche in Gran Bretagna a seguito della legislazione speciale a tutela del consumatore) un tale comportamento non è idoneo a formare un contratto, senonché nella prassi quotidiana si assiste a svariati modi (spesso avvalorati dalla giurisprudenza)²³ per aggirare la lettura del codice, il più diffuso dei quali (nel nostro paese, ma non solo) è quello di far sottoscrivere al consumatore al momento della ricezione del prodotto una ricevuta contenente un impegno da parte sua a pagare (documento che di solito rimane nella disponibilità del solo fornitore). Di lì a chiedere un provvedimento monitorio nei confronti del consumatore recalcitrante il passo è breve. Seppure la sede più competente per regolare tali fenomeni sarebbe quella penale non è chi non veda come la cronica inadeguatezza della repressione criminale lasci il contraente debole esposto a tutte le pratiche vessatorie civilistiche del fornitore. Si può solo auspicare, dunque, che fra le «misure accessorie» vi sia quella di escludere qualsiasi rilevanza negoziale a tali pratiche²⁴.

Il D.Lgs. n. 50/1992 contiene, ancora, una rilevante disposizione processuale attribuendo la competenza esclusiva ed inderogabile per le controversie aventi ad oggetto contratti negoziati fuori dai locali commerciali al giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore. La norma non solo priva di effetti le eventuali (e ricorrenti) clausole derogatorie alla competenza, ma soprattutto toglie quella grande rilevanza pratica che ha ai fini processuali, il 1° comma dell'art. 1326 c.c., il quale, combinandosi con l'art. 20 c.p.c., contribuisce ad individuare uno dei possibili fori facoltativi competenti²⁵.

²³ V. incisivamente R. SACCO, *op. cit.*, 18, 51 e segg. il quale si domanda se le eccezioni dell'irrelevanza del silenzio non siano di portata più ampia della regola; inoltre v. E. FERRERO, «Dichiarazione espressa», «dichiarazione tacita» e autonomia privata, Torino, 1974, 161 e segg.

²⁴ Per una ricca casistica di siffatte tecniche di approfittamento e l'esposizione dei rimedi disponibili nei vari paesi v. J. VANDERVELD-ZENGER, *Les envois de marchandises non commandées*, Ginevra, 1986.

²⁵ Sulle diverse soluzioni date al problema del luogo e del momento di conclusione del contratto *inter absentes* v. la ricognizione di F. FERRARI, in F. GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992, 78 e segg. Ci si può chiedere se la disposizione sia derogatrice alle convenzioni internazionali sostanziali e processuali cui l'Italia ha aderito, ed in particolare alla Convenzione di Bruxelles del 1968 e alla Convenzione di Roma del 1980 (su cui v. AA.VV., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983). Il punto è trattato (dal punto di vista svizzero) da A.C. IMHOFF-SCHELER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Ginevra, 1981, 142 e segg.

Ritornando alla fase pre-contrattuale vi è un ulteriore punto che merita di essere segnalato, tratto dalla legge sul credito al consumo. L'art. 20 prevede infatti che «negli annunci pubblicitari e nelle offerte comunque esposte, dirette o diffuse al pubblico, con cui un soggetto dichiara il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo di una concessione di credito al consumo, devono essere indicati il TAEG (Tasso annuo effettivo globale) ed il relativo periodo di validità». La legge non precisa quali siano le conseguenze civilistiche dell'inosservanza dell'obbligo, ma la circostanza che essa sia sanzionata in via amministrativa potrebbe indurre a ritenere esperibile se non la strada della nullità per violazione delle norme imperative, quantomeno quella dell'annullamento dei contatti stipulati sulla base delle offerte e réclames redatte in spregio della norma²⁶.

3. *La forma del contratto*

Il D.Lgs. n. 50/1992 prevede che il fornitore debba comunicare per iscritto al consumatore l'esistenza del diritto di recesso; precisando che la forma scritta è rispettata quando la clausola di recesso è riportata «separatamente dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento». Inoltre si richiede l'uso di «caratteri chiaramente leggibili» per i documenti contrattuali diversi da una nota d'ordine e si impone il requisito dei «caratteri tipografici uguali o superiori» anche per pubblicazioni che *stricto sensu* potrebbero costituire mera offerta al pubblico quali i cataloghi o i foglietti illustrativi del bene o del servizio.

Va tuttavia osservato che qualora non vengano rispettati tali requisiti formali la sanzione non è quella tipicamente prevista dal nostro ordinamento per i vizi di forma del contratto (o di clausole), e cioè la nullità, bensì, più blandamente, l'estensione del termine per il recesso da 7 giorni (dalla sottoscrizione del contratto o dalla ricezione della merce, a seconda dei casi) a 60 giorni, rispettivamente dalla sottoscrizione di un contratto per servizi e dalla ricezione della merce, in un contratto di fornitura di beni.

Più rigoroso è l'art. 21 della legge n. 142/1992 il quale prevede che i contratti di concessione di credito al consumo debbano essere stipulati per iscritto e che in caso di difetto, si applichi la disciplina legale prevista dalla

²⁶ Sul ricorso alla tutela contrattuale ed extracontrattuale in queste ipotesi v. U. RUFFOLO, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Milano, 1979, 31 e segg. e 157 e segg.

stessa legge. Ove si consideri che i contratti di credito al consumo sono tutti quelli i quali prevedono una dilazione di pagamento o un prestito o una «analoga facilitazione finanziaria» si vede che il campo di incidenza è assai vasto, comprendendo non solo i contratti di credito ma anche la vendita a rate e il leasing. Il campo dell'art. 1350 c.c. viene così notevolmente esteso anche se potrebbe discutersi se il meccanismo di conversione legale si applichi non solo nel caso di «assenza o nullità delle clausole contrattuali», ma anche di nullità dell'intero contratto per difetto di forma²⁷.

Il D.Lgs. n. 50/1992 contempla nel suo raggio d'azione anche – lo si è già detto – i contratti conclusi «mediante l'uso di strumenti informatici e telematici». Viene così dato un riconoscimento legale ad una categoria della quale molto si era discusso in dottrina, soprattutto per gli aspetti formali, interrogandosi gli autori sia sulla natura della forma sia in sé, sia a fini probatori. Taluni propendevano per una assimilazione del messaggio elettronico allo scritto²⁸ - anche prescindendo dall'eventuale riproduzione delle comunicazioni su supporto cartaceo – talaltri ricomprendendo tale messaggio fra gli altri mezzi meccanici di riproduzione²⁹.

L'intervento normativo non risolve tali divergenze, soprattutto per i profili probatori; infatti quel che si richiede è che «compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche dello strumento impiegato e dalle relative evoluzioni tecnologiche» venga fornita al consumatore l'informazione sul suo diritto al recesso (e che comunque venga fornita «per iscritto» non oltre il momento della consegna della merce). Dunque, sarà a tale limitato fine informativo che potrà ritenersi sussistente un onere della prova a carico del fornitore circa l'assolvimento dell'obbligo impostogli dalla legge.

Resta quindi aperto il problema della prova della conformità fra quanto richiesto dall'utente sulla base dei dati trasmessigli in via telematica e quanto effettivamente fornito; e pure della prova dell'impulso elettronico attraverso il quale si sarebbe manifestata la volontà del contraente³⁰. L'esperienza di campi finitimi assai più evoluti – quello dei contratti di borsa conclusi

²⁷ Sulle diverse soluzioni adottate nei paesi europei la ricerca diretta da R. RODIERE, *Forme et preuve du contrat*, Parigi, 1979.

²⁸ F. PARISI, *Il contratto ecc.*, cit. 64 e segg.; ma v. le perplessità di R. SACCO, *op. cit.*, 436 e segg. («non è ancora detto fino a che punto la forma sia compatibile con alfabeti e lingue non ufficiali, con linguaggi criptici e comunque soggetti ad una chiave»).

²⁹ V. L. MONTESANO, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile*, in *Dir. inf.*, 1987, 23.

³⁰ I problemi esistono anche per la sola conclusione del contratto con le forme scritte: v. R. SACCO, *op. cit.*, 183.

per via telematica³¹ - dimostra che questi aspetti possono essere risolti solo attraverso un attento esame del programma che fa funzionare il sistema e delle c.d. specifiche tecniche cui deve attenersi. Si può dire che il legislatore abbia preso atto del ricorso a nuove modalità di formazione dei negozi i quali presuppongono un generale principio di libertà della forma³² rinunciando pertanto ad introdurre regole derogative o speciali per essi.

Una conferma di questa conclusione potrebbe rinvenirsi nell'art. 6, 3° comma, dello stesso decreto legislativo il quale prevede che la comunicazione di recesso da parte del consumatore possa essere trasmessa anche mediante «fac-simile»³³, purché confermata entro le 48 ore successive con lettera raccomandata con avviso di ricevimento. L'effetto, è dunque solo quello di prolungare di due giorni il termine per l'esercizio del diritto di recesso. Sempre con riferimento ai « contratti telematici» ulteriori spunti in tema di forma – sia pure *a contrario* – si ricavano dalla proposta di Direttiva sui contratti negoziati a distanza, laddove si escludono dall'obbligo di fornire per iscritto determinate informazioni sull'operazione negoziale i contratti con i quali si forniscono direttamente dei servizi per via telematica, qualora ciò avvenga *uno acto*. Dunque i contratti per la fornitura di informazioni (indipendentemente dalla circostanza che ad essa segua un altro rapporto: ad es. informazioni sui voli – prenotazione aerea) non solo sono validi pur conclusi in forma non tradizionale, ma inoltre sono esenti da taluni oneri che impongono una comunicazione scritta del fornitore all'utente; e con riguardo alla generale categoria dei contratti negoziati a distanza la Proposta esclude lo speciale diritto di recesso qualora essi siano stati conclusi con la forma dell'«atto autentico».

Nei sistemi di civil law l'eccezione apparirà forse di scarso rilievo, ma assai maggiore peso avrà nei paesi come l'Inghilterra – dove esiste la netta distinzione tra *contract e deed* (sottoposto quest'ultimo ad una, assai semplificata, formalità di autenticazione)³⁴.

³¹ V. l'ampia ricognizione di M. MARCUCCI, *Profili giuridici dell'informatizzazione della borsa*, in *Dir. inf.*, 1990, 653 (in part. 674 e segg.).

³² Dubita dell'esistenza di un siffatto «principio generale» R. SACCO *op. cit.*, 423.

³³ Anche per il telefax si pongono i problemi di sostanza e di forma che si sono visti per gli strumenti informatici: v. T. PASQUINO, *Aspetti problematici della conclusione del contratto mediante «telefax»*, in *Dir. Inf.*, 1989, 567; M. PIZZUTELLI, *Sulla forma e sulla prova del contratto concluso mediante telefax*, in *Quad. giur. impresa*, 1990, 55; P. CARLINI, *Valore probatorio e configurazione funzionale del documento «telefax» a fronte del rischio per l'affidamento nelle comunicazioni a distanza*, in *Dir. comm. int.*, 1991, 437 (ove ampi richiami comparatistici).

³⁴ Per tutti v. G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, 27 e segg.

4. *La causa e l'oggetto del contratto*

La disciplina del c.d. credito al consumo introduce nel nostro ordinamento una nuova figura causale caratterizzata da una molteplicità di operazioni negoziali. Si tratta di una novità di estremo rilievo sia teorico che pratico. Non è questa la sede neppure per accennare al ricchissimo dibattito dottrinale sulla nozione di causa: dalle posizioni che, anche in una chiave comparatistica³⁵, privilegiano l'esigenza di giustificare gli spostamenti patrimoniali; e quelle che, in una visione più generale dell'economia, sottolineano la funzione appunto economica svolta dal contratto ed i controlli delle pubbliche autorità su di esso³⁶. Ed alla ulteriore distinzione fra causa del contratto e tipo contrattuale³⁷.

Il terreno è stato fertile per il dibattito anche perché il legislatore solo di rado ha esplicitato nella definizione codicistica la causa del contratto, lasciando all'interprete – dottrina o giurisprudenza – la possibilità di optare per più soluzioni e farne discendere conseguenze diverse e anche divergenti.

Ora l'art. 18 della legge n. 142/1992 individua con precisione una causa – e qui sembra più calzante la sua nozione «funzionale» – consistente nella «concessione nell'esercizio di una attività commerciale o professionale di credito sotto forma di dilazione di pagamento o di prestito o di analoga facilitazione finanziaria (finanziamento) a favore di una persona fisica (consumatore) che agisce, in tale rispetto, per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta».

Spetterà ora all'interprete verificare se nell'operazione contrattuale sotto esame sia riscontrabile – indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito dalle parti oppure desumibile dalla tipologia codicistica (vendita, mutuo ecc.) – quella causa di «credito al consumo» la quale determinerà l'applicazione della speciale e derogativa disciplina legislativa. Si deve aggiungere che non sembra che la causa di «credito al consumo» coincida con la tradizionale causa di finanziamento essendo per un verso più ristretta (la qualità delle parti incide sulla funzione del negozio: l'acquisizione di credito, di beni o servizi per scopi personali), dall'altro più ampia perché comprendente ipotesi in cui il profilo (e la funzione) dominante è quello dello scambio

³⁵ V. la ricerca diretta da R. RODIERE, *Objet, cause et lesion du contrat*, Parigi, 1980 (ed in particolare la tavola sinottica dei vari paesi europei a pag. 18 seg. e la bozza di progetto comune del curatore a 165).

³⁶ Ma v. le drastiche critiche alle teorie funzionalistiche di R.SACCO, *op. cit.*, 577 e seg.

³⁷ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 221 e seg.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 121 e segg.

(l'ipotesi più ovvia è quella della vendita a rate). Le considerazioni ora svolte non mancheranno di avere sicuri e importanti riflessi pratici in una delle esperienze giuridico-economiche più travagliate dell'ultimo ventennio, quella della locazione finanziaria. Com'è noto dottrina e giurisprudenza (sia di merito che di legittimità) si sono divise essenzialmente sulla individuazione della causa di tale contratto, chi individuando in esso una funzione di finanziamento (svolta dal concedente, impresa appartenente al c.d. settore parabancario)³⁸, chi invece una funzione di scambio (sul modello della vendita con riserva di proprietà)³⁹, chi infine una funzione mista o atipica caratterizzata anche dal collegamento negoziale fra contratto tra produttore e concedente (di trasferimento della proprietà)⁴⁰ e contratto tra concedente e utilizzatore (di godimento in cambio di un corrispettivo periodico). La qualificazione di contratto con causa di finanziamento era (ed è) indubbiamente più favorevole al concedente in quanto gli consentiva di sfuggire alle regole inderogabili (e preveggentemente riequilibratrici) fissate dal codice per la vendita con riserva di proprietà. È questo il motivo per il quale si è assistito nella prassi commerciale ad un proliferare di c.d. leasing finanziari sui più disparati beni tipicamente di consumo, dalle autovetture agli elettrodomestici, per arrivare addirittura ai trattati giuridici!

La legge n. 142/1992 non risolve la controversia ma attraverso un parziale richiamo alla disciplina della vendita con riserva di proprietà (al solo art. 1525, e non anche all'art. 1526 come sarebbe stato più opportuno) fa intendere quale dovrà essere il regime da applicarsi ogni qualvolta un finanziamento sia stato concesso al fine di consentire l'acquisto o il godimento di un bene di consumo.

Se la normativa introdotta alimenterà senza dubbio la riflessione e il dibattito sul rilievo teorico e pratico che la nozione di causa continua ad avere nel nostro diritto dei contratti, non minore sarà l'influenza che essa avrà con riguardo ai problemi dell'oggetto (o, come alcuni preferiscono, del contenuto)⁴¹ del contratto e più ancora della sua determinazione e determinabilità. È su quest'ultimo profilo che si sono accentrate alcune fra le più accese controversie dottrinarie e giurisprudenziali degli ultimi

³⁸ Il primo e più efficace sostenitore della tesi è R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà: due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982.

³⁹ V. G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano 1985.

⁴⁰ V. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il leasing e la causa di finanziamento: una confutazione grafica*, in *Foro it.*, 1988, I, 2329.

⁴¹ R. SACCO, *op. cit.*, 476 sottolinea come la sovrapposizione dei termini sia evidente nel linguaggio del legislatore; per una critica della coincidenza v. A. CAUTADELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 32 e segg.

decenni, quelle relative alla ammissibilità nel nostro ordinamento della c.d. fideiussione *omnibus* e alla liceità delle clausole dei contratti bancari che rimettevano all'arbitrio dell'istituto di credito la variazione dei tassi di interesse e della c.d. commissione sul massimo scoperto. Il fulcro della critica – di fronte a prassi bancarie men che cristalline – era costituito dalla pretesa violazione del principio fissato dall'art. 1346 c.c.⁴². La questione è stata di recente risolta legislativamente dalla L. 17 febbraio 1992, n. 154 (sulla c.d. trasparenza bancaria). Ora le regole della pre-determinazione del tasso effettivo di recesso del consumatore sono estese ad operazioni contrattuali concluse con soggetti diversi dagli istituti di credito.

Sempre sotto il profilo del contenuto la legge n. 142/1992 determina alcuni elementi essenziali del contratto (l'ammontare del finanziamento, il numero delle rate, il tasso effettivo, le eventuali garanzie richieste, la descrizione dei beni acquistati ecc.) sottraendo alla disponibilità delle parti l'*an* della clausola e limitando la loro autonomia al *quomodo*.

Va aggiunta una ulteriore considerazione tratta dalla proposta di Direttiva sui contratti negoziati a distanza: si è già accennato alla clausola che semplifica le procedure qualora il contratto riguardi servizi forniti per via telematica: la disposizione porta argomenti a sostegno della tesi di coloro i quali ritengono che l'attività di fornitura di informazioni costituisca un servizio, e che dunque l'informazione non possa essere considerata come prodotto⁴³. La chiarificazione sul punto ha rilevanti riflessi pratici in quanto tende ad escludere che con riguardo all'informazione possa esplicitarsi – come sostenuto da taluno⁴⁴ - la normativa comunitaria sulla responsabilità del produttore. L'informazione, dunque, dovrebbe ricadere nell'ambito della emananda Direttiva sulla responsabilità per i servizi.

⁴² Sul problema della possibilità di una successiva determinazione o modifica del prezzo in un contratto v. lo studio comparato di D. TALLON (a cura di), *La détermination du prix dans les contract (étude de droit comparé)*, Parigi, 1989; nonché la ricerca diretta da R. RODIERE, *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, Parigi, 1986.

⁴³ V. per una approfondita analisi P. PERLINGERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1990, 326; R. PARDOLESI-C. MOTTI, «L'idea è mia!»: *lusinghe e misfatti dell'«economics of information»*, in *Dir. inf.* 1990, 345.

⁴⁴ J.P. TRIALLE, *L'applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software*, in *Dir. inf.*, 1990, 725.

5. *Gli effetti del contratto*

Come si è già accennato sia il D.Lgs. n. 50/1992 che l'art. 21 della legge n. 142/1992 attribuiscono al consumatore un diritto legale di recesso unilaterale del contratto o *ad libitum* (nella ipotesi di contratto negoziato fuori dai locali commerciali) o nel caso di variazioni del tasso di interesse o di altri oneri (nella ipotesi di credito al consumo) entro un termine predeterminato, che può variare a seconda delle circostanze. Analoga disposizione è prevista dalla proposta di Direttiva sui contratti negoziati a distanza, la quale prevede un termine minimo di sette giorni dalla fornitura del bene o dalla prestazione del servizio entro il quale il consumatore/utente può esercitare il diritto di recesso. Non è sempre detto che l'innovazione incida sull'art. 1373 c.c., per un verso perché potrebbe trattarsi non di recesso bensì – come si è visto nel paragrafo 2 - di revoca della proposta, per altro verso perché potrebbe allargare una previsione codicistica già esistente (si pensi all'art. 1833 sul recesso del contratto di conto corrente)⁴⁵

Sempre dal punto di vista degli effetti deve segnalarsi l'art. 21, 8° comma della legge n. 142/1992 il quale prevede che «nessuna somma può essere addebitata al consumatore od a lui richiesta, se non sulla base di espresse previsioni contrattuali. Le clausole di rinvio agli usi sono nulle e si considerano non apposte». Vengono pertanto limitate nella loro applicabilità ai contratti di credito al consumo gli artt. 1374 (nella parte in cui si attribuisce funzione integrativa agli usi), 1340 (sull'inserzione automatica della clausole d'uso) e 1368 (sull'interpretazione usuale)⁴⁶.

6. *Cessione del credito contrattuale e delegazione di pagamento*

L'11° comma dell'art. 21 della legge n. 142/1992 prevede che i «diritti dei creditori derivanti da un contratto di credito al consumo possono essere ceduti ad un terzo solo previa comunicazione scritta del cedente al consumatore, da questi ricevuta con almeno quindici giorni di anticipo. Il consumatore conserva comunque la facoltà di fare valere nei confronti del cessionario le eccezioni che poteva fare valere nei confronti del cedente, ivi

⁴⁵ Sulle soluzioni adottate nei vari paesi europei v. la ricerca diretta da R. RODIERE, *Les effets du contrat dans les pays du marché commun*, Parigi, 1985.

⁴⁶ Per la possibilità che attraverso richiami agli usi vengano introdotte clausole vessatorie v. R. SACCO, *op.cit.*, 796.

compresa la compensazione anche in deroga al disposto dell'articolo 1248 del codice civile».

Vi è dunque una espressa eccezione alla disciplina codicistica estremamente importante tenendo presente la prassi contrattuale invalsa di fare sottoscrivere preventivamente al debitore-consumatore l'accettazione del primo comma dell'art. 1248 c.c. Ma anche l'art. 1260 c.c. subisce una modificazione imponendo al creditore l'onere – se vuole avvalersi del diritto di cedere il credito – della previa e tempestiva comunicazione al ceduto⁴⁷.

Parimenti si modifica l'applicabilità dell'art. 1408 c.c.: l'art. 22 della legge n. 142/1992 prevede, in taluni casi che si esamineranno oltre, la responsabilità solidale di finanziatore e fornitore dei beni o dei servizi per inadempimento di quest'ultimo nei confronti del consumatore. Ora il 2° comma del medesimo articolo stabilisce che tale responsabilità «si estende anche al terzo a cui il finanziatore abbia ceduto, ai sensi dell'art. 21, comma 11°, i diritti derivanti dal contratto di concessione di credito».

Pertanto quando – come spesso avviene – il contratto standard predisposto dal finanziatore prevede per questi la facoltà di cessione del contratto (e comunque nei casi di cessione del credito), egli non viene più liberato al momento della sostituzione con il cessionario – come prevede il 1° comma dell'art. 1408 c.c. – ma rimane solidamente responsabile con quest'ultimo⁴⁸.

Va poi ricordato il 5° comma dell'art. 5 del D.Lgs. n. 50/1992 il quale prevede che per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali «l'operatore commerciale non potrà accettare a titolo di corrispettivo effetti cambiari che abbiano una scadenza inferiore a 15 giorni dalla stipulazione del contratto e non potrà presentarli allo sconto prima di tale termine». La disposizione ha una modesta portata pratica, finalizzata com'è ad assicurare al consumatore l'esercizio del suo «diritto di pentimento»; tuttavia è chiara la incidenza sul diritto del creditore di cedere mediante girata del titolo il proprio credito ad una banca (artt. 1858 e segg. c.c.).

La proposta di Direttiva sui contratti negoziati a distanza contiene una importante disposizione in tema di delegazione di pagamento: si prevede che qualora il consumatore contesti la validità di un pagamento effettuato mediante carta di credito senza che la carta sia stata presentata o identificata attraverso strumenti elettronici (*bancomat, point of sale*), il pagamento

⁴⁷ V. F. MARANI, *Notifica, accettazione e buona fede nella cessione dei crediti*, Modena, 1977, 188 e segg.

⁴⁸ Sul punto v. M. ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Padova, 1951, 35 e segg.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, Milano, 1972, 31 e segg.; R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 216 e segg.

venga annullato con storno dal conto del fornitore e riaccredito della somma su quello del debitore. È infatti prassi in molti paesi europei (ma a quanto risulta non ancora in Italia) l'effettuazione di numerose operazioni negoziali per via telefonica con comunicazione con il medesimo mezzo del numero della carta di credito. Il fornitore procede quindi ad emettere la nota di credito a suo favore e a trasmetterla all'istituto parabancario il quale accredita la somma sul conto del fornitore e richiede l'importo al consumatore. Quale che sia la ricostruzione che si faccia dei complessi rapporti fra emittente e titolare nascenti dall'utilizzo della carta di credito [delegazione secondo l'orientamento prevalente⁴⁹, accollo, apertura di credito secondo altri⁵⁰] è evidente che la disposizione, se approvata, inciderà non poco sul generale principio di irrevocabilità dell'ordine di pagamento, uno dei cardini della disciplina delle obbligazioni pecuniarie: si considerino solo le rigide limitazioni nel finitimo campo dell'assegno bancario alla possibilità di revocare l'ordine di pagamento dato con la firma del titolo.

Più specificamente si consideri l'incidenza sul disposto dell'art. 1270 c.c. il quale esclude la possibilità di revocare la delegazione fino a quando il delegato «non abbia assunto l'obbligazione in confronto del delegatario o non abbia eseguito il pagamento a favore di questo».

Va aggiunto che la previsione appare essere la prima attuazione di una generale tendenza esistente a livello comunitario di tutelare il titolare della carta di credito evitando abusi che possano essere compiuti dal fornitore e che sono difficilmente rimediabili vista l'interposizione nell'operazione da parte dell'emittente.

7. *Le invalidità del contratto*

Dal punto di vista delle tecniche sanzionatorie, caratteristica comune dei testi esaminati è quella di prevedere l'invalidazione degli atti negoziali posti in essere in violazione delle regole imperative. Tuttavia le conseguenze non appaiono mai radicali, in quanto, seguendo un principio di conservazione, ci si limita ad eliminare la clausola o le clausole trasgredenti, talvolta sostituendole con una disciplina legale.

⁴⁹ V. P. SPADA, *Carte di credito* in U. CARNEVALI (a cura di), *Diritto commerciale e industriale*, Milano, 1981, 173 e segg.

⁵⁰ C. DI NANNI, *Pagamento e sostituzione della carta di credito*, Napoli, 1983, 357 e segg. (accollo privativo fra emittente e titolare); G. RESTUCCIA, *La carta di credito come nuovo mezzo di pagamento*, Milano, 1988, 47 e segg. (apertura di credito).

Così ad esempio, l'art. 6, 2° comma del D.Lgs. n. 50/1992 prevede che se sia mancata o sia stata incompleta l'informazione sul diritto di recesso, il termine per il suo esercizio è di 60 giorni (e non più 7) dalla stipulazione del contratto per prestazioni di servizi, o dalla ricezione per i contratti di fornitura di beni. È lo stesso decreto all'art. 10 stabilisce che il diritto di recesso è irrinunciabile e che «è nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del presente decreto». La nullità però non incide sulla validità dell'operazione negoziale, bensì solo sulla applicabilità della clausola affetta dal vizio⁵¹.

La proposta di Direttiva sui contratti negoziati a distanza dispone che il consumatore non possa rinunciare ai diritti che gli verrebbero attribuiti dalla Direttiva medesima: anche qui il principio di conservazione dovrebbe far ritenere invalida solo la clausola derogatoria e non anche l'intero contratto⁵².

La legge n. 142/1992 prevede «a pena di nullità» che i contratti di credito al consumo per l'acquisto di beni o servizi contengano determinate indicazioni (art. 21, 3° comma). Non è del tutto chiaro se in questi casi si applichi la disposizione conservativa dell'art. 21, 9° comma, il quale «nei casi di assenza o nullità delle clausole contrattuali» fissa la disciplina legale: infatti sembrerebbe che la mancata indicazione comporti la nullità dell'intero contratto, e non di singole sue clausole. Altri dubbi sorgono in ordine ai contratti stipulati da soggetti diversi da quelli cui la legge riserva l'attività di credito al consumo. In tali casi è prevista la sanzione penale, ma non è indicata la sorte dei contratti. Si dovrebbe ritenere, applicando analogicamente principi esistenti per altri contratti (di mediazione, di lavoro) che il difetto dei requisiti soggettivi debba travolgere l'intera operazione.

Il progetto di direttiva sulle clausole vessatorie prevede (art. 3) che tali clausole debbano essere sanzionate di nullità e che «il contratto resterà vincolante per le parti alle medesime condizioni» purché esso possa reggersi senza le clausole annullate.

Infine il progetto di direttiva sulla responsabilità del fornitore di servizi prevede (art. 7) sotto la rubrica «Clausole di esclusione della responsabilità» che il fornitore non può limitare o escludere le proprie responsabilità nei confronti del danneggiato come risultanti dalla direttiva medesima.

⁵¹ Il D.Lgs. n. 50/1992 appare accogliere all'art. 8 una soluzione per gli effetti del recesso non dissimile a quella prospettata da R. SACCO, *op. cit.*, 865 in caso di nullità (restituzione *ex bona fide* di quanto prestato in esecuzione delle clausole nulle).

⁵² La questione è esaminata, dal punto di vista del diritto italiano, da M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, 61 e segg.; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 209 e segg.; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 85 e segg.

Se è trasparente l'intento delle norme ora elencate, resta da chiarire come esse si inquadrino nella tradizionale dicotomia nullità/annullabilità⁵³. Dal punto di vista dei titolari dell'azione di invalidazione sembrerebbe che costoro siano soltanto i consumatori parte del contratto; tuttavia va segnalato che la proposta di direttiva sulle clausole vessatorie attribuisce alle organizzazioni dei consumatori il diritto di adire l'autorità giudiziaria o una autorità amministrativa per far dichiarare la nullità delle clausole (si presume contenute in contratti standard) inserite nonostante il divieto. E si dovrebbe peraltro ritenere che il giudice possa comunque, *ex officio*, anche senza specifica domanda della parte che l'ha adito, procedere a dichiarare la nullità eventualmente ravvisata.

La norma codicistica di riferimento appare dunque essere l'art. 1419 c.c. il quale tuttavia subisce non lievi diversificazioni per quanto attiene agli effetti sulla validità dell'intero contratto. Mentre infatti vi sono diversi casi di applicazione del 2° comma (si è visto infatti come sia il D.Lgs. n. 50/1992 che la legge n. 142/1992 prevedono la sostituzione alle clausole invalide di una disciplina legale)⁵⁴, la proposta di direttiva sulle clausole vessatorie non recepisce il criterio di conservazione della ipotetica volontà delle parti (previsto dall'art. 1419, 1° comma) bensì ricorre ad un concetto di funzionalità che trova un modello nella «business efficacy» inglese⁵⁵. Comunque il meccanismo è diverso da quello previsto dall'art. 1341 (sia 1° che 2° comma) c.c. ove si preferisce escludere l'efficacia delle condizioni generali non conosciute (o conoscibili) e delle clausole vessatorie non espressamente sottoscritte. Per quanto dal punto di vista pratico molte conseguenze possono essere simili è netta la distinzione sul piano teorico fra la nullità di una clausola (suscettibile di estendersi all'intero contratto: *vitiatur et vitiatur*) e mancata operatività della medesima (*vitiatur sed non vitiatur*).

Lo stesso discorso – ma all'inverso – può farsi fra la previsione di inefficacia della clausola di esonero delle responsabilità contenuta nel progetto di direttiva sulla responsabilità del fornitore di servizi, e la sanzione di nullità per le analoghe clausole comminata (in caso di dolo o colpa grave) dal nostro art. 1229 c.c.

⁵³ Sulle varie concettualizzazioni dei profili di invalidità del contratto si vedano le critiche osservazioni di R. SACCO, *op. cit.*, 841 e segg.

⁵⁴ V. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, 76 e segg.

⁵⁵ V. P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1989, 217 e segg.

8. *Adempimento, inadempimento e risoluzione*

I testi in esame incidono sia sulle previsioni generali degli artt. 1183 e segg., 1218 e 1453 c.c., che su quelle specifiche relative ai singoli contratti.

Le disposizioni sul credito al consumo consentono al debitore (art. 21, 10° comma) «sempre la facoltà dell'adempimento anticipato ovvero della risoluzione» del contratto. In tali casi non solo egli può esercitare tale facoltà «senza oneri e penalità» ma inoltre ha diritto ad «un'equa riduzione del corrispettivo del credito» (determinata dall'art. 3 del D.M. 8 luglio 1992, attuativo della legge). Trattandosi in genere di obbligazioni restitutorie frazionate nel tempo, sono notevoli gli effetti sui termini di pagamento, apposti a favore del creditore e soprattutto viene superata la (in pratica inesistente) tutela di arricchimento indebito offerta dal 1° comma dell'art. 1185 c.c. al debitore che paghi anticipatamente.

La stessa legge (art. 22) prevede una «responsabilità sussidiaria» del finanziatore (nei limiti del credito concesso) nel caso di inadempimento del fornitore dei beni o dei servizi finanziati, a condizione che esista tra il fornitore e il finanziatore un contratto di esclusiva. In altri termini il rapporto di esclusiva (ma sembra facile, nella pratica, eludere la disposizione) fa insorgere in capo al finanziatore una garanzia a favore del consumatore. Non pare del tutto corretta la qualifica di «responsabilità sussidiaria» attribuita dalla rubrica dell'art. 22, giacché è sufficiente la inutile costituzione in mora del fornitore per poter agire nei confronti del finanziatore, sicché ci si trova di fronte ad una responsabilità solidale con l'onere della preventiva messa in mora dell'altro debitore (ovviamente se questo paga, anche il co-obbligato viene liberato).

La proposta di direttiva sulla clausole vessatorie nel suo allegato esemplificativo include fra quelle vietate (nel caso di vendita di beni mobili) la clausola di esclusione della garanzia per vizi occulti e di buon funzionamento, nonché del diritto di essere rimborsati, di ottenere una riduzione del prezzo, di ottenere la sostituzione o riparazione del bene; ed inoltre le clausole di esclusione di responsabilità sia del venditore che del produttore⁵⁶. Nel caso di contratto di prestazione di servizi vengono qualificate vessatorie le clausole che escludono il diritto di ricevere la prestazione al momento pattuito e nel modo utile dal punto di vista del consumatore; nonché la garanzia della diligenza professionale del prestatore di servizio.

In generale la proposta qualifica come vessatorie tutte le clausole di

⁵⁶ Su cui v. in generale l'indagine comparata di G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità civile*, Milano, 1984.

esclusione o riduzione della responsabilità in caso di inadempimento totale o parziale della prestazione dovuta al consumatore.

Quanto alla proposta di direttiva sulla responsabilità del fornitore di servizi, ancorché essa sia modellata sullo schema della Direttiva sulla responsabilità del produttore e dunque in una ottica extracontrattuale, essa incide anche sugli aspetti della responsabilità contrattuale dichiarando l'inefficacia delle clausole di esclusione della responsabilità.

Per ciò che riguarda l'onere della prova, la proposta di direttiva sulla clausole vessatorie include fra queste l'inversione del normale *onus probandi* (e dunque l'esclusione della prova della circostanza a lui non imputabile a carico del venditore o fornitore), mentre la proposta di direttiva sulla responsabilità del prestatore di servizi carica su questo l'onere di provare la mancanza di colpa, mentre al consumatore grava l'onere di dimostrare l'esistenza del danno ed il nesso causale.

Infine, con riguardo ai termini di prescrizione dei diritti e delle azioni per garanzia o per responsabilità vanno segnalate la presenza fra le clausole vessatorie la esclusione della garanzia del produttore per un periodo minimo di dodici mesi e in caso di danno da servizi un doppio termine consistente, il primo, in cinque anni dalla data di prestazione del servizio per potersi avvalere dei diritti attribuiti dalla direttiva, il secondo in tre anni dalla conoscenza del fatto dannoso per l'azione risarcitoria.

Se, come è accaduto per la Direttiva sui prodotti difettosi, quella sui servizi non sostituirà ma si affiancherà ai tradizionali rimedi – contrattuali ed extracontrattuali – offerti dalle disposizioni codicistiche, il consumatore potrà optare fra una maggiore durata del diritto (tre anni, rispetto ai due previsti dalle norme sull'appalto o su quello eventualmente pattuito) e un minore termine di prescrizione dell'azione (cinque anni rispetto agli ordinari dieci).

9. Verso la categoria dei «contratti dei consumatori»

Al termine di questa sommaria analisi ci si potrebbe chiedere se le novità introdotte o introducente siano così sconvolgenti da necessitare un ripensamento del diritto dei contratti, oppure non si tratti solo di eccezioni a regole generali risultanti da una legislazione speciale.

Quest'ultima conclusione non sembra appagante. Il punto che si intende sottolineare non è questa o quella modifica, bensì la creazione di

una categoria di contratti – quelli con i consumatori – finora ignorata dal nostro codice civile. Il processo che si è avviato – e che per il momento è ancora agli inizi e dunque di ridotte dimensioni – è quello della creazione di regole distinte a seconda che una delle parti sia o non sia un consumatore. È dunque la qualità del soggetto (o, se si vuole, il suo *status*) a determinare la norma applicabile ai rapporti negoziali.

Nihi sub sole novi, si dirà: per circa un secolo il diritto italiano ed i suoi teorici hanno convissuto con la distinzione fra contratti civili e contratti commerciali, sostenuta dalla dicotomia dei codici di diritto privato.

E questa distinzione è tuttora viva in quei paesi (in primo luogo la Francia, ma anche in Spagna) che hanno conservato l'originaria duplicità codicistica napoleonica.

Ma se si considera che uno degli elementi di maggiore rilievo del nostro codice del 1942 è stato quello dell'assorbimento del codice di commercio all'interno di quello civile, con la conseguente unificazione della disciplina contrattuale, si coglie il netto *revirement* in atto. E mentre la unificazione ha portato, in generale a privilegiare soluzioni più favorevoli al ceto mercantile, ora la tendenza è inversa. Non ci si trova, infatti di fronte ad un semplice ritorno al passato, anzi. Mentre nella impostazione originaria era sufficiente che uno dei contraenti fosse un commerciante per attirare la disciplina nell'orbita del codice di commercio, ora si verifica l'inverso: la qualità di esercente professionalmente una attività, da una parte, e la qualità di consumatore, dall'altra, comportano l'applicazione della nuova normativa.

I punti che appaiono maggiormente innovativi rispetto al passato sono la notevole attenuazione del dogma del consensualismo: il consumatore può ritirare la propria offerta, recedere dal contratto, risolverlo indipendentemente da ogni diversa pattuizione da lui convenuta. Si tratta di una volontà «tutelata», soggetta a termini di «pentimento» o di conferma. E poi la nozione di causa che deve essere individuata esaminando essenzialmente la funzione che il negozio svolge per gli interessi del consumatore e per più aspetti viene attribuita rilevanza ai motivi o agli scopi di quest'ultimo. Ancora, si deve operare un nuovo e diverso assetto dell'equilibrio e del rischio contrattuale.

Nulla di rivoluzionario, dunque – il diritto è fatto di lentissime stratificazioni dalle quali emergono, a seconda dei momenti storici, talune regole piuttosto che altre⁵⁷ - ma molto di nuovo, che richiede, non un sovvertimento, ma un ripensamento delle categorie tradizionali. Non per

⁵⁷ Sottolinea la mutabilità più che la ciclicità R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 132 e segg.

sostituire queste, ma per arricchirle affinandole⁵⁸.

E pur se le innovazioni devono essere armonizzate nel diritto italiano l'interprete non potrà rinchiudersi panglossianamente fra le quattro mura della propria tradizione giuridica: dovrà pur tener presente che la Direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (e di cui il D.Lgs. n. 50/1992 è l'attuazione) ha come archetipo la copiosa legislazione francese in materia; che la Direttiva sui contratti di credito al consumo (di cui la legge n. 142/1992 è attuazione) è per molti aspetti debitrice dei Consumer Credit Acts, di stampo anglosassone⁵⁹; come pure la proposta di Direttiva sulle clausole vessatorie ha tratto dall'esperienza inglese degli Unfair Contract Terms Act e da quella tedesca⁶⁰.

La comparazione giuridica assume dunque il ruolo che ha sempre avuto nella tradizione della migliore civilistica italiana: quella di comprendere la genesi e la *ratio* degli istituti giuridici per evitare «trapianti» incompatibili e interpretazioni incoerenti⁶¹. Si potrà discutere sulla «purezza» dei risultati di questa circolazione di modelli di cui le autorità comunitarie si vedono promotrici, ma nella storia del diritto raramente le influenze esterne sono state programmate e più spesso sono il frutto di contingenze talvolta fortunate, talaltra meno. E sotto il profilo tecnico si potranno – e frequentemente si devono – criticare le scelte comunitarie la cui opera di

⁵⁸ Si deve tuttavia tenere presente il quadro generale di azioni della CEE sul piano della tutela del consumatore che inevitabilmente toccherà altri aspetti del diritto dei contratti: v. le relazioni di CAPPELLETTI, BOURGOIGNIE, PELKMANS, PROUMENS, KRAMER, VENABLES, THOMAS, CLEARY, REICH in TH BOURGOIGNE (a cura di) *European Consumer Law*, Lovanio, 1982; L. KRAMER, *La CEE et la protection du consommateur*, Lovanio, 1988; TH. BOURGOIGNE, *Elements pour une théorie du droit de la consommation*, Lovanio, 1988; E. GAILLARD, D. CARREAU, W.L. LEE, *Le Marché Unique Européen*, Parigi, 1989 (68 e segg.).

⁵⁹ V. R.M. GOODE (a cura di), *Consumer Credit*, Leyden, 1978, (con una esposizione sia della posizione del diritto comunitario, che della regolamentazione in Australia, Canada, Francia, Germania, Olanda, Svezia, Stati Uniti). Per la dottrina italiana (incentrata però sull'esame della normativa comunitaria e straniera) v. G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976.

⁶⁰ Oltre alla già citata opera curata da G. ALPA – M. BESSONE, *I contratti standard ecc.*, cit. si veda l'ampia ricerca di diritto italiano e comparato curata da C.M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981. Per una concisa esposizione, come al solito ricca di grandi spunti problematici, della normativa inglese v. P.S. ATYAH, *An introduction ecc.*, cit., 322 e segg.

⁶¹ V. R. SACCO, *Introduzione ecc.*, cit. 11 e segg; si tengano inoltre presenti le avvertenze di A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edimburgo, 1974 (ora tradotto, a cura di L. LONARDO, col titolo *Il trapianto di norme giuridiche. Un «approccio» al diritto comparato*, Napoli, 1984).

«armonizzazione» rischia di produrre nuove discrasie. Ma ciò è anche il risultato del praticamente inesistente peso della cultura giuridica italiana nelle sedi comunitarie che non può più essere nascosta dietro l'ormai consueto velo della barriera linguistica (e non sarebbe difficile tracciare un parallelo fra le difficoltà di inserimento economico-politico dell'Italia nella Comunità Europea e la scarsa considerazione in cui è tenuto – in sede comunitaria – l'ordinamento giuridico italiano).

Come si può vedere il discorso quasi esegetico sul diritto europeo dei contratti porta a considerazioni che si pongono su un piano assai diverso, ma non meno importante, e mette in discussione il metodo e la responsabilità del giurista – soprattutto dell'area privatista – oggi.

10. *Un diritto europeo dei contratti commerciali*

Ma per tornare al tema che ci si è prefissati di affrontare vi è ancora da verificare se accanto alla emergente categoria dei «consumer contracts» vi sia un analogo movimento verso la formazione di un diritto europeo dei contratti commerciali⁶². Un primo significativo elemento di conferma può trarsi da importanti progetti di unificazione⁶³ ed in primo luogo dai risultati del gruppo di lavoro dell'UNIDROIT per la formulazione dei principi regolatori dei contratti commerciali internazionali.

Il commento (curato da Bonell) è assai chiaro in proposito: «La restrizione ai contratti “commerciali” non intende in alcun modo riprendere la distinzione tradizionalmente esistente in alcuni sistemi giuridici fra parte o negozi “civili” e “commerciali”, cioè far dipendere l'applicazione dei Principi alla circostanza che le parti hanno la qualità di “commercianti” (“commerçants”, “Kaufleute”). L'intento, piuttosto è quello di escludere dall'ambito dei Principi i c.d. “contratti dei consumatori”, i quali, all'interno dei vari sistemi, sono sempre più soggetti a regole speciali, la maggior parte delle quali di natura imperativa miranti alla protezione dei consumatori, cioè della parte la quale stipula un contratto al di fuori della propria attività commerciale o professionale. Anche con riferimento alla

⁶² La formula dei «contratti commerciali» continua ad esercitare il suo fascino sulla dottrina commercialistica italiana: basti il richiamo al volume curato da G. COTTINO, *Contratti commerciali*, Padova, 1991.

⁶³ Si v. i numerosi contributi pubblicati nel fascicolo dei *Rabels Zeitschrifts* del 1992 dedicato espressamente alla problematica nonché A. FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, Padova, 1990, 32 e segg.

distinzione fra “consumer” e “non consumer contracts” i criteri adottati a livello sia nazionale che internazionale variano. I Principi non forniscono una definizione espressa, ma il presupposto è che il concetto di “contratti commerciali” dovrebbe essere inteso nel senso più ampio così da includere non solo operazioni commerciali per la fornitura o lo scambio di beni e servizi, ma anche tipi di operazioni economiche come accordi di investimento, di concessione, per servizi legali ecc. ».⁶⁴

D'altronde l'intento dichiarato dell'iniziativa è quello di operare come una sorta di «Restatement» applicabile non solo quando le parti abbiano espressamente dichiarato di voler recepire tali principi, ma anche quando abbiano fatto un più generico richiami ai «principi generali del diritto» o alla «lex mercatoria». L'autorevolezza dell'Istituto promotore, nonché delle personalità che attorno al progetto lavorano, fa ritenere che, sia pure con le lentezze inevitabili in ogni procedimento convenzionate⁶⁵, i «Principi» vedranno la luce ed influenzeranno il diritto dei contratti europeo ed extraeuropeo.

Tale impostazione segue l'esempio di altre Convenzioni di diritto uniforme ed in primo luogo della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili la quale, pur rifiutando la distinzione fra contratti «civili» e contratti «commerciali» (art. 1.3.), dichiara espressamente [art. 2 (a)] che essa non si applica alle vendite di «beni mobili acquistati per uso personale, familiare e domestico», e cioè le vendite ai consumatori⁶⁶.

⁶⁴ UNIDROIT, *Working group for the preparation of principles for international commercial contracts*, ch. I, General provisions, Revised comment, Rome, May 1992. Per un ampio commento agli intenti e alla metodologia della iniziativa dell'UNIDROIT, v. il contributo di M.J. BONELL a questi «*Studi in onore*».

⁶⁵ Si v. le notazioni di H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, Cambridge, 1971 (ristampa dell'ed. del 1949), 181 riferite alle conferenze internazionali convocate per la redazione di testi convenzionali: «si predispose un ricco programma di ospitalità ed i banchetti, i ricevimenti, le gite, ed altre attività sociali rischiano di assorbire in maniera spropositata il tempo e le energie dell'Assemblea. I lavori quindi finiscono per essere svolti con grande fretta e talune decisioni possono essere prese dietro la spinta di un abile presidente di seduta al fine di consentire ai partecipanti di presenziare a questo o quell'intrattenimento».

⁶⁶ Resta da chiarire se i «consumer contracts» costituiscano un equivalente dei «contratti civili»; vien fatto di negarlo, sia perché la dicotomia vigente in Italia sino al 1942 un contratto fra un'impresa e un «consumatore» rientrava tra i «contratti commerciali»; sia perché i «contratti civili» comprendono negozi fra soggetti privati nessuno dei quali ha le qualità di imprenditore. Sugli artt. 1 e 2 della Convenzione di Vienna v. il commento di S. CARBONE e M. LOPEZ DE GONZALO, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, 6.

Impostazione diversa si riscontra in due importanti iniziative a livello europeo. La prima è quella della «Commissione per il diritto europeo dei contratti» - costituita nel 1980 e di cui fanno parte studiosi dei paesi membri della Comunità, e di cui principale animatore è il prof. Ole Lando di Copenaghen⁶⁷ - il cui lavoro si è finora incentrato sulla redazione dei principi in tema di esatto adempimento e delle conseguenze dell'inadempimento del contratto. La Commissione non ha tenuto conto della distinzione fra contratti «civili» e «commerciali», ma non ha nemmeno voluto escludere dal proprio campo d'intervento i «consumer contracts»⁶⁸. La unificazione della disciplina dei contratti civili e commerciali - vista da taluni osservatori stranieri come uno degli aspetti più positivi della codificazione italiana del 1942⁶⁹ - pare essere alla base di una recente iniziativa promossa dal Prof. Giuseppe Gandolfi di Pavia⁷⁰ e che si è, fra l'altro, concretata in un importante incontro internazionale fra studiosi di diverse aree giuridiche europee dedicato a «Il futuro codice europeo dei contratti». In quella sede - pur fra puntualizzazioni e cautele - la maggior parte degli interventi si è detta favorevole alla proposta del prof. Gandolfi di assumere come punto di partenza il IV libro del codice civile italiano che appunto ha operato l'unificazione di una disciplina preesistente - secondo una tradizione ancora viva - ripartita in un codice civile ed in uno di commercio.

Segnali contrastanti dunque, anche se non può ignorarsi un importante

⁶⁷ O. LANDO., *Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation*, in *Rabelsz*, 1992, 2361; ID., *Principles of European Contract Law*, in *Liber Memorialis F.Lauraent*, 1985, 17; ID., *A Contract Law for Europe*, in *Int. Bus. Lawyer*, 1985, 17; ID. *European Contract Law*, in *31 Am. J.Comp. Law*, 653 (1983).

⁶⁸ Sui lavori della Commissione v. inoltre V. DROBNIG, *Ein Vertragsrecht für Europa*, in *Festschrift Steindorff*, Tubinga 1990, 1141; O. REMIEN, *Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht*, in *Zugl. R. W.*, 1988, 105 e segg.

⁶⁹ In particolare G.B. FERRI il cui intervento all'incontro pavese *Considerazioni intorno all'ipotesi di un progetto di codice europeo dei contratti* è riprodotto in *Quadr.*, 1991, 366, nonché, sintetizzato in M.L. RUFFINI GANDOLFI, *Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1991, I, 665. Una posizione che rientra in una complessiva opera di rivalutazione dell'importanza di talune scelte compiute nel IV libro del codice del 1942: v. G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990; ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987 (in part. 96 e segg. e 120 e segg., sulla unificazione dei codici). All'importanza dell'unificazione dei codici è dedicato, sia pure in una chiave di lettura più politica che giuridica, il volume di R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990.

⁷⁰ G. GANDOLFI, *Per un codice europeo dei contratti*, in *Riv. Trim., Dir. e Proc. Civ.*, 1991, 781; M.L. RUFFINI GANDOLFI, *Una codificazione europea sui contratti*, cit.; EAD., *Un codice dei contratti per l'Europa: il colloquio di Pavia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, II, 779.

dato di fatto: mentre sul continente europeo un procedimento di unificazione appare facilitato sia dal comune sostrato romanistico sia, soprattutto, dalla comune logica giuridica, il principale ostacolo a livello pan-europeo è costituito dalla non omogeneità – e non assimilabilità – dell'ordinamento inglese con il quale la divergenza sorge *in limine* nella definizione del termine *contract*⁷¹ (che da un lato esclude i *deeds* che sono, sul continente, dei contratti formali, e dall'altro include una serie di figure che, sul continente, rientrano fra le promesse unilaterali⁷²).

Un effettivo processo di unificazione⁷³ se vuole comprendere l'area di *common law* dovrà pertanto fare i conti con le caratteristiche di questa: e quindi la circostanza che negli ultimi venti anni in Inghilterra è stata emanata una copiosa legislazione speciale che distingue nettamente i *consumer contract* dagli altri *contracts*, e la quale ha costituito il modello per non poche iniziative comunitarie⁷⁴.

⁷¹ Ma non vanno sottovalutate le difficoltà all'interno di uno stesso ordinamento; per un lungo elenco di aporie fra teoria e dettato del codice v. R. SACCO, *Il contratto*, cit., 11.

⁷² Per una prima, ma efficace, comprensione delle diversità e delle affinità esistenti fra diritto inglese e diritti continentali in materia di contratto v. M.H. WHINCUP, *Contract Law and Practice. The English System and Continental Comparisons*, Deventer, 1990 (dove sono sinteticamente esposti i principi del diritto danese, olandese, francese, tedesco, spagnolo e italiano, quest'ultimo a cura di Bianca, Costanza, Inzitari e Patti). R. SACCO, *Introduzione ecc.*, cit., 1992, 30 e seg. usa il contrasto fra *contract* e *contrat* per evidenziare le difficoltà di traduzione nella comparazione giuridica.

⁷³ I problemi teorici e metodologici posti dalla unificazione del diritto sono innumerevoli: nella vasta bibliografia si segnalano la efficace sintesi di K. ZWEIGERT-H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992, 28 e segg.; il volume collettaneo *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione* (Atti del congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Bari, aprile 1975), I, II, Milano, 1979; gli scritti contenuti in *Unification – Liber Amicorum Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, 1984. Ricche di ironici *undestatemts* le pagine dedicate al tema di R. SACCO, *Introduzione ecc.*, cit. 154 e segg.

⁷⁴ Sul punto v. ampiamente P.S. ATIYASM, *An introduction ecc.*, cit. 1989, 28 e segg. ove si sottolinea l'incontro/scontro fra due «massicce tendenze» la prima più risalente di paternalismo contrattuale, la seconda più recente di ritorno agli ideali della libertà di contratto di stampo ottocentesco, quest'ultime fortemente influenzata dagli orientamenti politici governativi dell'Inghilterra dell'ultimo decennio. Opportunamente Atiyah segnala che la protezione contrattuale del soggetto ritenuto più debole conosce un'ampia applicazione nel campo dei contratti agrari e di quelli di locazione. E v. pure le considerazioni di L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, 1990, 49 e segg.

11. Conclusioni

Si sono già indicati alcuni degli aspetti più significativi della incidenza del diritto comunitario nella nostra disciplina dei contratti. Resta da segnalarne uno ulteriore, forse il più importante: il diritto privato moderno – ed il diritto dei contratti in particolare – è stato fondato, dai codici napoleonici in poi, su un postulato ideologico che poi era fra le «parole d'ordine» della rivoluzione francese: l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. In termini concreti ciò comportava – come ha magistralmente illustrato il compianto Giovanni Tarello⁷⁵ - l'unificazione del soggetto di diritto privato e dunque, nell'ambito negoziale, l'attribuzione di uguali diritti e doveri a tutte le parti (nel senso, ovviamente, di uguaglianza fra i creditori, anche con diverso *status*, e fra i debitori), alla cui insindacabile e sovrana volontà era rimessa la facoltà di vincolarsi e di decidere fino a che punto vincolarsi. Non ci vuole molto – e forse in questa opera furono più precoci e corrosivi alcuni romanzi di Balzac che molti scritti di giuristi – a svelare quali diseguaglianze si nascondessero dietro il dogma della volontà. E pur tuttavia esso si è tramandato fino ai nostri giorni.

Ora, la categoria dei «contratti dei consumatori» sembra prospettare un rifiuto del principio di uguaglianza formale perché essa presuppone una diseguaglianza sostanziale fra le parti. Non più dunque uguali diritti, facoltà, doveri, oneri distribuibili in base all'esercizio più o meno oculato della libertà contrattuale, bensì diversi diritti, facoltà, doveri, oneri attribuibili ad una sola delle parti del negozio: a diseguaglianza sostanziale corrisponde diseguaglianza legale. Distinzione dunque fra creditore imprenditore e creditore non-imprenditore, fra debitore consumatore e debitore non-consumatore. Da questo punto di vista il distacco è netto dalla pur lunga e ricca distinzione fra contratti civili e contratti commerciali giacché anche se le regole potevano cambiare in base alla qualità dei paciscenti, esse erano comunque improntate al principio della reciprocità. Ed è con questo venir meno delle reciprocità (solo una parte può essere obbligata ad un certo comportamento; solo ad una parte è attribuita una determinata facoltà) che l'ordinato e simmetrico sistema dei contratti subisce la più incisiva delle alterazioni, perché viene toccato uno dei suoi presupposti più antichi e venerati.

Si è aperto questo scritto paventando la fine della *beata quies* dello studioso italiano dei contratti: la conclusione non vuol essere in alcun modo catastrofica, anzi. Di fronte al disordinante (e spesso disordinato) ingresso

⁷⁵ Nella sua *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

del diritto comunitario nel nostro sistema negoziale potrà manifestarsi ed emergere quella naturale tendenza del giurista continentale a ricercare e mettere ordine nel caos dei fenomeni economici e sociali.

Se questa opera di ripensamento avrà necessariamente i tempi lunghi della riflessione e del dibattito all'interno di una comunità accademica, vi sono però delle urgenze che non appaiono procrastinabili.

Ci sono voluti molti anni, per non dire decenni, prima che la manualistica di diritto privato italiano sottolineasse non incidentalmente ma istituzionalmente, allo studente l'importanza della Carta Costituzionale ed il ruolo della Corte Costituzionale nella formazione del diritto privato vigente⁷⁶. Gli autori più sensibili e precursori sono stati prima o poi seguiti in questa opera che prima ancora che di corretta esegesi delle fonti, risponde ad una basilare funzione di educazione civica.

C'è da augurarsi che non si debba attendere troppo perché allo studente di oggi che lavorerà domani in una Europa molto più integrata di quanto si sia visto finora venga chiarito già nel suo primo approccio al diritto privato il ruolo della Comunità Europea nella definizione e nella disciplina degli istituti privatistici.

⁷⁶ «I manuali, per il periodo in cui furono scritti e più ancora per l'educazione degli autori, riservano alla Costituzione un posto non adeguato all'importanza che la legge fondamentale assume nella disciplina dei rapporti privati» scriveva P. RESCIGNO, nell'introduzione al suo *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1973.

*Danni non patrimoniali e inadempimento**

A MARIA CECILIA PAGLIETTI

1. Il tema del danno non patrimoniale in relazione alla distinzione in esame pone il problema della risarcibilità di questo tipo di danno quando sia collegato ad un inadempimento contrattuale, ed è questo un tema che coinvolge questioni assai complesse e che ha suscitato sin qui uno scarso interesse da parte della dottrina italiana¹.

Infatti, se si dovesse accreditare la linea interpretativa tradizionale secondo la quale, *ex art. 2059 c.c.*, il danno non patrimoniale è ritenuto risarcibile solo se derivante da reato, vien fatto di sollevare l'obiezione che, come si esclude la risarcibilità di esso in caso di responsabilità soltanto civile, derivante cioè da un fatto illecito civile, non integrante nel contempo un reato, a maggior ragione la si dovrebbe negare se è la conseguenza di un inadempimento contrattuale².

Tale argomentazione, pur assai stringente, ad un esame più approfondito, non pare adeguata alla complessità del problema e, soprattutto, non corrispondente alla realtà dell'ordinamento giuridico, anche nelle sue concrete applicazioni giurisprudenziali.

* Pubblicato in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè 1984, p. 109.

¹ *Ex professo* hanno affrontato il tema nella vigenza del passato Codice, A. DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.* 1933, p. 53; dopo il 1942 A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano 1962, pp. 221-239; A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, pp. 127-136; nonché la recentissima opera, cui si rimanda anche per le amplissime indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali, di G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983 pp. 212-235; ovviamente sul tema si soffermano, sia pure brevemente, anche altri AA. che saranno citati oltre.

² Vigente il codice del 1865 la irrisarcibilità del danno non patrimoniale derivante da inadempimento contrattuale si faceva discendere dalla generale irrisarcibilità dei danni non patrimoniali facente leva anche sulla *differenztheorie*; v. ad es. G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno – La colpa contrattuale*, Torino, 1897 («determinato così il pregiudizio risarcibile, è facile inferirne che per la sua natura stessa non si può estendere al cosiddetto danno morale: consistendo tutto nella diminuzione del patrimonio cagionata dall'inadempimento della obbligazione, esige la possibilità dell'*estimazione* pecuniaria che mal s'adatta a beni costituenti quel che figuratamente è chiamato patrimonio morale della persona» *ivi*, p. 567) (corsivo dell'A.).

Innanzitutto perché, a ben vedere, la definizione «danno non patrimoniale derivante da inadempimento contrattuale» non è del tutto univoca e priva di ambiguità, poiché è necessario intendersi su non poche nozioni, quale quella di danno, e di danno non patrimoniale in particolare; cogliere con esattezza l'entità giuridica e/o materiale lesa; delineare l'ambito della responsabilità contrattuale. Problemi di non poco conto e per i quali la risposta fornita in apertura, argomentando *ex art. 2059 c.c.*, appare semplicistica e apodittica. È infatti sufficiente che si modifichi anche una sola delle tante variabili del tema proposto per portare a conclusioni radicalmente diverse e vedere sotto tutt'altra luce l'intera questione.

2. Il primo punto che sembra necessario chiarire è che cosa s'intenda per danno nell'inadempimento dell'obbligazione: la dottrina assume generalmente come punto di partenza l'art. 1174 c.c. il quale, com'è noto, specifica che la prestazione obbligatoria «deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore». Ma le strade poi divergono profondamente nell'interpretare tali specificazioni in relazione sia alla natura della prestazione che all'interesse del creditore, intrecciando le soluzioni.

Innanzitutto, v'è discordanza fra le diverse concezioni di interesse, sostenendo taluni (ad es. Cesarini Sforza)³ la tesi c.d. soggettiva o psicologica in base alla quale esso consisterebbe nell'apprezzamento di ciò che in relazione ad un bisogno costituisce un bene, opponendo tal'altri (ad es. Betti)⁴ la tesi c.d. normativa secondo cui esso va inteso come «esigenza di beni o valori da realizzare o da proteggere nel mondo sociale». Si comprende bene come la preferenza per l'una o per l'altra tesi influisca profondamente nella determinazione dell'interesse non patrimoniale: l'indirizzo psicologico esalta la sensibilità dell'individuo, afferma il principio dell' «uomo misura di ogni cosa», inteso nel suo più completo soggettivismo; l'indirizzo normativo si sforza di ricondurre ad una norma (ed a una normalità) la complessità della psiche umana e dei bisogni che in essa si manifestano, nell'intento di sottrarre al capriccio e all'arbitrio i rapporti intersoggettivi e di determinare parametri di certezza giuridica.

Di fronte a tali divergenti posizioni non si può non trovare disagio nel tentare di giustificare la propria adesione ad una di esse o di enucleare

³ V. W. CESARINI SFORZA, *Lezioni di teoria generale del diritto*, I, pag. 127.

⁴ V. E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, in *N.mo Digesto*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 838.

soluzioni diverse o eclettiche: si tratta di postulati giuridici che, a somiglianza di quelli logici, sono coerenti con un sistema ed appaiono indimostrabili se non in via tautologica o attraverso il ricorso ad ulteriori postulati.

Conviene dunque prescindere, in questa sede, da valutazioni astratte e, osservando la realtà giuridica, constatare che essa propende più verso la normazione degli interessi, valutandoli alla stregua delle convinzioni generalmente accettate nell'ambiente sociale, classificandoli con l'attribuzione ad essi di rilevanza e tutela quando corrispondono a comportamenti sociali diffusi e tipizzati ed estendendo tale riconoscimento attraverso procedimenti analogici.

3. Ma anche volendo ammettere che l'interesse, e l'interesse non patrimoniale, trovi una determinazione oggettiva da parte dell'ordinamento e non sia lasciato alla statuizione individuale, v'è chi ritiene sostanzialmente ininfluenza la qualificazione dell'interesse ai fini della configurazione del danno. Secondo tale autorevole tesi (Scognamiglio) il danno colpisce non già l'interesse, bensì «i beni e le qualità personali, le cose di un soggetto, e solo si ripercuote per lo più in altri suoi beni e interessi»⁵. Se pure, come si vedrà oltre, non possa stabilirsi una meccanica correlazione fra qualificazione dell'interesse e natura del danno, sembra più coerente, però, giungere a tale conclusione muovendo dalla contraria opinione secondo la quale il danno colpisce essenzialmente l'interesse (*De Cupis*)⁶; e ciò non soltanto perché essa discende dalla dogmatica del diritto soggettivo posto a tutela di un interesse umano (e quindi è questo, e non il bene, l'oggetto al tempo stesso della garanzia e della lesione), ma anche perché la soluzione prima prospettata non sfugge affatto a quell'accusa di concettualismo per evitare la quale essa è stata proposta. Infatti, proprio nel campo degli interessi non patrimoniali, essa costringe l'interprete, che vada ricercando il danno nel bene, a compiere una duplice astrazione logica, prima materializzando interessi che sono solitamente riferiti ad entità incorporali e quindi idealizzandoli per qualificare e quantificare il danno⁷.

⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 464.

⁶ A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., in part. vol. 1, p. 48.

⁷ D'altronde, paiono estensibili alla questione le osservazioni svolte da L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 e cioè che «l'interesse tutelato dal diritto di credito non è mai il godimento di una cosa, ma un interesse strumentale rispetto a

Peraltro, non convince nemmeno una recente riproposizione di tale tesi⁸, soprattutto perché sembra sovrapporre i concetti di bene e di bene giuridico, concetti estremamente distanti fra loro ed in nessun modo coincidenti, tra l'altro, di collocazione sistematica dottrinarie (civilistico l'uno, penalistico l'altro) assai diversa⁹. Giacché attraverso la teoria del bene giuridico, nella sua più precipua accezione, si individua l'interesse dello Stato a che un diritto del singolo sia (penalmente) tutelato o, per meglio dire, quel che lo Stato tutela, tutelando il singolo¹⁰. In questa logica di relazioni, appare più corretto mantenere le figure come quella dell'interesse (rapporto fra un soggetto e un bene) proprie dell'ambito civilistico, anziché trapiantare – con probabili esiti di «rigetto» - schemi di altri campi.

Si deve pertanto ribadire l'avvertenza – che così pertinentemente è stata espressa dai principali autori che hanno affrontato in maniera non tradizionale il tema del danno non patrimoniale¹¹ - che il procedimento di quantificazione del danno costituisce un logico *posterius* rispetto alla qualificazione del danno medesimo. Sicché dire che oggetto del danno è il bene equivale semplicemente a cogliere il momento di valutazione dell'estensione del danno, non a definirlo ontologicamente; ed allora occorre distinguere fra danno materiale (che comporterà una

quello» (p. 162) e quindi «la realizzazione dell'interesse diventa propriamente l'oggetto (o contenuto) del diritto corrispondente» (p. 177).

⁸ G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., pp. 58 .

⁹ Scrive BONILINI (*op. loc. ult. cit.*) «se è certo che vi è danno tutte le volte che viene peggiorato un bene, non è meno sicuro che tale peggiorazione dà nascita all'obbligazione risarcitoria solamente quando si riesca a riconoscere, nell'oggetto di quella peggiorazione, un bene, per così dire, giuridico, *un bene, cioè, che abbia ottenuto riconoscimento e protezione dalla legge*» (corsivo aggiunto); ora, se pure non si accoglie la tesi secondo cui vi è una necessaria correlazione fra bene giuridico e diritto soggettivo e che il primo può trovarsi in relazione ad un interesse protetto, rimane il fatto che pur sempre di relazione con una categoria concettuale si tratta, e non con un bene nella sua materialità; nel campo penalistico la nozione di bene giuridico assume, invece, diverso rilievo perché esso tende ad individuare non il rapporto fra individuo e bene lesi, bensì tra Stato e norma violata.

¹⁰ V. sul punto F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 3; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *N.mo Digesto*, vol. XIX, Torin, 1973, p. 7; sui rapporti civile-penale v. S. PUGLIATTI, *Beni (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 164 (in part. pp. 170 ss.); sul bene giuridico in relazione ad interessi inerenti eminentemente non patrimoniali (in un'ottica penalistica) v. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

¹¹ In part. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 277; F. D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in F.D. BUSNELLI – U. BRECCIA (a cura di) *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

riparazione materiale) il quale colpisce il bene e danno giuridico che incide sull'interesse giuridicamente rilevante provocando una reazione di tutela dell'ordinamento. Il fatto che nel danno non patrimoniale la sua percepibilità sia di difficile «materializzazione» non consente però di confondere i due piani: il primo dei principi giuridici ordinatori, il secondo degli eventi materiali.

4. Ma si può affermare che il danno che colpisce un interesse non patrimoniale sia un danno non patrimoniale? È questo il punto cruciale della presente ricerca. A questa domanda si è data più d'una risposta: da un lato si è affermato che se certamente l'interesse del creditore può essere non patrimoniale, nel momento in cui sorge l'obbligazione, esso diventa interesse anche ad una prestazione suscettibile di valutazione economica, venendo meno la quale ci si troverebbe di fronte ad un danno di natura patrimoniale (De Cupis)¹²; al che si oppone da parte di taluni che «l'interesse del creditore è soddisfatto dalla prestazione del debitore e non dal risultato economico di essa» (Giorgianni)¹³ e quindi che tale patrimonializzazione dell'interesse non ha fondamento. Dall'altro, si teme che attraverso la finzione della patrimonializzazione di interessi non economici si finisca «per introdurre surrettiziamente una forma di risarcimento per danni morali» (Cian)¹⁴.

Come si vede, *quot capita tot sententiae*; con un quadro che è complicato ulteriormente dalle considerazioni sulla natura della prestazione, su cosa debba intendersi per valutazione economica e se questa si distingua dalla patrimonialità e in che consista a sua volta quest'ultima¹⁵.

¹² A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., I, p. 131.

¹³ M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *N.mo Digesto*, vol. XI, Torino, 1965, p. 581, in part. p. 587.

¹⁴ G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 1, p. 197, in part. p. 234.

¹⁵ Estremamente netta, in proposito, l'affermazione di R. SACCO – G. DE NOVA (in *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1982, p. 256): la regola della 'patrimonialità' del contratto può dunque significare, a seconda dei casi, che un certo accordo, in quanto extrapatrimoniale, è valido ma non è un contratto; oppure può significare che un certo accordo, in quanto extrapatrimoniale, è nullo; ma pare lecito ipotizzare soluzioni meno drastiche alla questione. *Contra*, G. CIAN, *op. cit.*, p. 248, (la suscettibilità di valutazione economica non costituisce un elemento il quale necessariamente debba caratterizzare la prestazione oggetto di un rapporto obbligatorio e (...), d'altra parte, l'assenza di tale suscettibilità non rappresenta

Vi sono diverse ragioni che militano a favore di una risposta negativa al quesito prima posto. È stato già osservato come sia ampiamente riconosciuto il fatto che dalla lesione di un interesse non patrimoniale possono derivare pregiudizi valutabili economicamente e, quindi, non ci si sofferma ulteriormente sul punto¹⁶; piuttosto giova rilevare come proprio l'analisi della natura del danno porti a negare l'equazione «lesione di un interesse non patrimoniale = danno non patrimoniale». Muovendo da un'altra considerazione di Scognamiglio¹⁷ si osserva come il danno che deriva dall'inadempimento contrattuale è strutturalmente e logicamente diverso da quello derivante dall'illecito aquiliano: nel primo caso l'ordinamento mira a tutelare il soggetto leso facendogli conseguire quella prestazione oggetto dell'obbligazione, in forma specifica o per equivalente, avendo riguardo, in ciò, all'interesse che aveva fatto nascere il rapporto giuridico. I due soggetti erano già legati da un vincolo che aveva perimetrato interessi e prestazioni e l'ordinamento si propone di mantenere, per quanto possibile, sul piano originario le posizioni dei contraenti.

Nell'illecito extracontrattuale, invece, il rapporto giuridico fra i due soggetti sorge solo al momento dell'evento dannoso; rapporto giuridico di natura obbligatoria che, giusta la disposizione dell'art. 1174 c.c., avrà per oggetto una prestazione patrimoniale, la quale però sarà a contenuto, per così dire, vincolato, e cioè volto alla riparazione di un danno¹⁸. Tale prestazione corrisponderà ad un interesse tutelato *erga omnes* ed a quello soltanto, mentre si è visto che nell'obbligazione *ex contractu* la prestazione corrisponde ad un interesse ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento e la fusione di questi due elementi dà vita ad un ulteriore interesse,

un limite per l'autonomia privata»). Secondo M. GIORGIANNI (*op. cit.*, p. 228), infine, nelle intenzioni del legislatore vi sarebbe equivalenza fra l'espressione «suscettibile di valutazione economica» che si rinviene nell'art. 1174 c.c. a proposito delle obbligazioni, e quella «patrimoniale» prevista dall'art. 1321 c.c. per i contratti.

¹⁶ Si tratta dei c.d. danni patrimoniali indiretti di cui il principale sostenitore è A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., I, p. 64; la categoria è però contestata da R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., p. 283; muove obiezioni analoghe anche M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, laddove osserva che «la ferrea concatenazione instaurata tra la natura (del bene e) dell'interesse e quella del danno dovrebbe comportare che alla lesione di un interesse non patrimoniale faccia sempre riscontro un danno di analoga natura. Al contrario, già la stessa dottrina, per dare ragione delle ipotesi in cui alla lesione di un interesse essenzialmente non patrimoniale corrisponde un pregiudizio valutabile a danaro, è costretta ad ipotizzare la contemporanea lesione di un *altro* interesse, 'riflesso', di natura economica» (p. 83).

¹⁷ Che si trova esposta nelle opere dall'A. già citate nonché in *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *N.mo Digesto*, vol. XV, Torino, 1968, p. 670.

¹⁸ V. conf. R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 673.

quello all'adempimento. Ne consegue che l'interesse assume un ruolo ben diverso nelle due figure di illecito: in quello contrattuale definisce la finalità della prestazione, e quindi di ciò che ad essa l'ordinamento sostituisce, riparazione, reintegrazione o risarcimento che dir si voglia; in quello extracontrattuale si tipizza nel diritto soggettivo al risarcimento del danno subito. A diverse categorie di interessi corrispondono così diverse categorie di danno, a prescindere quindi dalla natura patrimoniale o non patrimoniale degli stessi, di modo che l'equazione prima esposta si dimostra inverificabile¹⁹.

5. Ma vi è una ulteriore conseguenza del ragionamento prima svolto, che è di importanza tutt'altro che secondaria: appare non priva di fondamento l'ipotesi che il concetto di danno non patrimoniale finora sviluppato dalla dottrina si attagli alle conseguenze dell'illecito aquiliano ma non sia trasponibile, *sic et simpliciter*, nel campo dell'inadempimento contrattuale.

Infatti, nell'illecito contrattuale si dovrà distinguere a seconda che l'evento dannoso incida sull'interesse sotteso al rapporto obbligatorio oppure ne colpisca (anche) uno diverso; invero, è di tutta evidenza che il primo «oggetto» su cui cade l'evento dannoso sarà costituito dall'interesse che aveva spinto il creditore a ricercare una determinata prestazione; ma esso potrà estendersi oltre tale oggetto e ledere altri interessi giuridicamente rilevanti²⁰. Si è detto da più parti che nel rapporto contrattuale si assisterebbe ad una «patrimonializzazione» di un interesse non patrimoniale poiché il creditore avrebbe *anche* un interesse patrimoniale (quello alla prestazione) accanto a quello non patrimoniale²¹. Si assisterebbe cioè ad una ipostasi dell'interesse che attraverso la prestazione assumerebbe natura patrimoniale. Se questa tesi può lasciare perplessi, non si può però ignorare un dato incontrovertibile: l'interesse, *quell'*interesse, sotteso all'obbligazione è soddisfatto attraverso una prestazione che ha natura patrimoniale²²; sicché sembra non avere senso disquisire se ci si trovi di

¹⁹ V. conf. M. PARADISO, *op. cit.*, pp. 85 - 95.

²⁰ Ovviamente, nei limiti fissati dagli artt. 1223 e 1225 c.c.

²¹ V. A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., v. 1, pag. 131.

²² Più nettamente A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 228, afferma che «in ogni caso in cui ad un soggetto competa un diritto ad un altrui comportamento, suscettibile di valutazione economica, viene in essere un interesse di natura economica all'esecuzione di quel comportamento il cui diritto il soggetto in qualche maniera si è assicurato. Ciò in ogni

fronte ad un danno non patrimoniale o meno, poiché la volontà delle parti consente, attraverso l'esame dell'interesse stesso e della prestazione, di individuare con precisione il rimedio adeguato per il ristoro del soggetto leso²³. E ciò vale per ogni sorta di interesse, anche il più lontano da ogni valutazione patrimoniale, il quale potrà trovare soddisfazione, in caso di inadempimento, attraverso l'effettuazione di quella prestazione, o di una analoga; e vale per ogni sorta di prestazione, suscettibile di essere ripetuta, in quanto la natura oggettiva della riparazione richiesta consente al creditore di chiedere, prima ancora della liquidazione monetaria del danno subito, l'esecuzione forzata dell'obbligo *ex art. 2931 c.c.*²⁴.

caso: ancor quando, in effetti quel comportamento venga a soddisfare esclusivamente un interesse di natura non patrimoniale»; considerazione che si può in larga misura condividere, purché non si perda di vista quell'interesse principale e prioritario che ha fatto sorgere l'obbligazione.

²³ Nello stesso ordine d'idee si vedano quegli autori i quali rilevano che nell'obbligazione la stipulazione di un corrispettivo o di una penale ha come principale effetto il conferimento della giuridicità al rapporto, anziché la sua caratterizzazione in senso patrimoniale; v. ad es. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 133, *ivi*, p. 185; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 585. L'elemento della patrimonialità della prestazione è stato, fin dall'inizio, spesso indicato quale condizione necessaria per l'attuabilità della coazione giuridica in caso di inadempimento; v. *Relazione Ministeriale al Codice Civile*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, § 557, p. 117.

²⁴ V. G. A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro sesto, *Tutela dei diritti*, (artt. 2900-2969), Bologna-Roma, 1953, *sub. art. 2931*, p. 526; F. MAZZARELLA, *Esecuzione forzata (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, 1966, p. 448; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963; esecuzione forzata è cosa diversa dal risarcimento in forma specifica, di cui peraltro, è stata in dottrina autorevolmente negata l'applicabilità per il danno contrattuale argomentando dalla collocazione dell'art. 2058 c.c. (E. BETTI, *Del cosiddetto risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 1948, 1, 2, 260); altre osservazioni problematiche si trovano in R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 201. Ma non è condivisibile la tesi di A. RAVAZZONI (*op. cit.*, p. 229) secondo cui nella determinazione del risarcimento, se l'interesse è non patrimoniale, non si ha riguardo ad esso ma all'interesse (patrimoniale) alla prestazione. A seguire questa tesi, e volendo esemplificare, si dovrebbe ritenere che il risarcimento per un mancato concerto (che soddisfa un interesse non patrimoniale) consista nella pura e semplice rifusione del costo del biglietto (corrispettivo della prestazione valutabile economicamente); in realtà, avendo riguardo all'interesse leso e come soddisfarlo, si deve ritenere che il risarcimento consista nel costo del biglietto per un concerto analogo o quello successivo o di un suo equivalente, quale il disco del concertista inadempiente; in concreto probabilmente l'entità pecuniaria si equivarrà, ma concettualmente essa varierà profondamente, consistendo in un caso nel mero rimborso del versato, nell'altro nel *quantum* necessario a ottenere una determinata prestazione soddisfatrice di un interesse. V. in questo senso L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*², I, Milano, 1948, p. 153; il quale A. più oltre (vol. II, p. 541)

Si può dunque giungere ad una prima conclusione: la classificazione danno patrimoniale/danno non patrimoniale non trova modo di esplicitarsi pienamente nelle lesioni agli interessi inerenti a un rapporto contrattuale poiché essi trovano puntuale e oggettiva soddisfazione e riparazione in una determinata prestazione o nel suo equivalente.

6. Vi è però una eccezione a tale conclusione e si ha quando la prestazione obbligata è infungibile oppure quando la sua ripetizione non soddisferebbe in alcun modo l'interesse leso; in questi casi, infatti, viene meno quel punto di riferimento essenziale per l'azione riparatoria che è la prestazione ed il creditore non può dimostrare altro danno che l'inutile esborso del corrispettivo, il quale sarà quasi certamente inadeguato, considerato nel suo mero valore monetario, a risarcire la lesione.

Torna qui in evidenza il danno non patrimoniale, come lesione certa, ma la cui entità non è economicamente valutabile in base a parametri oggettivi, ed il problema si pone in maniera analoga nelle ipotesi in cui l'evento dannoso abbia attentato ad altri interessi, diversi da quello originario e centrale dell'obbligazione. Si tratta di situazioni, a ben vedere, assai simili, perché se la prestazione sarà fungibile ed ancora atta a soddisfare l'interesse cui corrispondeva, la sua esecuzione o liquidazione in equivalente monetario riparerà nel modo più adeguato possibile anche i danni agli *altri* interessi prodotti dall'inadempimento. In caso contrario, anch'essi, se ed in quanto non patrimoniali, incontreranno uguali difficoltà nel loro risarcimento²⁵.

osserva «E' solo tra i valori patrimoniali che può il danaro opportunamente colmare la lacuna con funzione di equivalenza. Ma tra valori o interessi eterogenei no; (...) l'interesse offeso del danneggiato potrà essere artistico, affettivo, morale ecc.; ma se la sua lesione non ha una ripercussione nel patrimonio, e non si ha quindi anche lesione di un interesse patrimoniale o economico, non può essere a rigore cancellata se non con *mezzi di identica natura* (artistici, affettivi, ecc.) » (corsivo aggiunto). *Contra*, invece, v. G. CIAN (*op. cit.*, pp. 236 e 256) il quale ritiene inaccettabile la tesi secondo cui il creditore insoddisfatto avrebbe diritto, in ogni caso, alla corresponsione, a titolo di risarcimento, del valore in denaro della prestazione, per la quale, proprio in vista dell'aspetto risarcitorio, il legislatore ha posto l'obbligo della patrimonialità della prestazione.

²⁵ Conviene, per esplicitare meglio il concetto, fare alcune esemplificazioni tratte dalla casistica giurisprudenziale straniera; si prenda il caso dell'inadempimento da parte di una agenzia di viaggi che, riservando per i suoi clienti pensioni di infima categoria anziché alberghi di lusso, come pattuito, li metta in tale stato di disagio da rovinare loro la vacanza [v. per alcuni esempi inglesi *Stedman v. Swan's Tours* (1951) 95 S.J. 727 (C.A.), *Feldman v. Allways Travel Service* (1957) C.L.Y. 934, *Jarvis v. Swans Tours Ltd* (1973) 1 All E.R.

Tale ostacolo si è tentato anche di recente di superare, sostenendo in base ad argomentazioni d'ordine logico-sistematico che il disposto di cui all'art. 2059 c.c. si applicherebbe soltanto all'illecito aquiliano e non a quello contrattuale, per il quale la normativa prevista dagli artt. 1218 ss. c.c. sarebbe comprensiva di ogni sorta di danno, patrimoniale e non patrimoniale²⁶.

Questa tesi s'inquadra in quella dottrina che attraverso analisi dogmatico-ermeneutiche mira – in base anche a motivazioni di politica del diritto che appaiono pienamente condivisibili – ad allargare l'ambito della risarcibilità dei danni non patrimoniali, ora restringendone l'area (e cioè includendo fra i danni patrimoniali anche molti di quelli tradizionalmente considerati non patrimoniali), ora creando nuove categorie (ed è il caso dei «danni patrimoniali indiretti», del «danno alla vita di relazione», e più, recentemente, del «danno alla salute»)²⁷.

71]; ora, è evidente che l'interesse del creditore, nella fattispecie, non consiste nel semplice pernottamento, bensì in un complesso di esigenze che sommate creano una «vacanza»; il danno quindi non è quantificabile nella differenza di prezzo fra la pensione e l'albergo ed il risarcimento non potrà che consistere nell'approntare quei mezzi per il soddisfacimento dell'interesse o nell'equivalente pecuniario per procurarseli. Va peraltro evidenziato che l'interesse ad un periodo di relax, seppure oggetto di intensa attività economica, non può di per sé essere considerato di natura patrimoniale, assumendo invece spiccate caratteristiche non patrimoniali. Un esempio di prestazione non più fungibile determinativa di danni non patrimoniali è quello dell'inadempimento dell'impresa di pompe funebri che, come nella novella pirandelliana, compia uno scambio di salme o faccia cremare una anziché l'altra (per un caso simile francese v. Paris 25 mai 1950, D. 1950, 439); l'impossibilità di una ricostituzione, anche parziale, dello *status quo ante* rende assai limitate le possibilità risarcitorie dell'ordinamento italiano, il quale non potrà riparare allo strazio, che si perpetuerà negli anni, dei congiunti, ed al massimo potrà ritenere caso di inadempimento totale per totale insoddisfazione dell'interesse (la sepoltura della salma in un luogo ove poter ricordare il defunto) quel che potrebbe consistere in un adempimento solo parziale (la bara, il trasporto, la lapide forniti). Una prestazione che potrebbe essere considerata infungibile è quella del fotografo alla cerimonia di nozze che per negligenza esponga alla luce la pellicola, privando così gli sposi della gioia di poter rivivere negli anni, attraverso le immagini, quei momenti indimenticabili. E chiaro che il risarcimento della mera somma versata all'operatore è del tutto inadeguata e non soddisfa in alcun modo l'interesse dei creditori; ma potrebbero questi addossare all'inadempiente le spese sostenute per ricreare, sia pure fittiziamente, gli sponsali? [v. il caso inglese *Diesen v. Samson*, 1971, S.L.T. (Sh. Ct.) 49].

²⁶ Cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit. 212 ss.; tesi contestata da A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., v. I, pag. 133.

²⁷ Cfr. G. ALPA, *Danno alla vita di relazione e danno alla persona. In margine ad una inutile dicotomia*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1980, 680; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, cit.; nonché il recentissimo volume di F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, e gli amplissimi richiami bibliografici e giurisprudenziali ivi contenuti.

Anche se nel corso degli anni tale indirizzo ha conseguito alcuni successi giurisprudenziali, resta tuttavia indiscutibile il fatto che l'ordinamento italiano, nella sua concreta applicazione, era e rimane, nei confronti del risarcimento del danno non patrimoniale, un sistema «restrittivo». Non v'è dubbio che il fervore di gran parte della dottrina attorno al tema miri anche ad un clamoroso *revirement* sul punto, e non è detto che – sia pure con la lentezza necessaria ad operare revisioni concettuali e a vederle applicate dalla giurisprudenza – a ciò si arrivi. Pare però lecito chiedersi se una tale eventualità sia davvero la più auspicabile e se non sia, invece, preferibile, oltre che più spedito, l'intervento (più volte sollecitato) chiaro e risolutivo del legislatore.

L'aggiramento dell'ostacolo della non risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da inadempimento contrattuale, prima esposto, non convince, quindi, del tutto, ma non solo perché rischia di infrangersi, come molti altri precedenti tentativi, contro il muro di un consolidato indirizzo di segno contrario, ma anche perché in un esame logico-sistematico non si possono trascurare quegli elementi, che appartengono strutturalmente al sistema, i quali indicano una opposta tendenza verso la non risarcibilità di tali danni²⁸.

7. Tornando quindi all'esame dei casi in cui la prestazione sia infungibile (o la sua fungibilità sia ininfluenta) o siano lesi interessi non patrimoniali diversi da quello principale del creditore pare quindi più proficuo ricercare nella concreta realtà giuridica la conferma (o la smentita) della irrisarcibilità degli eventuali danni non patrimoniali. Il risultato – occorre premetterlo subito – non è in alcun modo univoco, a conferma della complessità del problema e della sua irriducibilità a qualsiasi schema preconstituito.

Infatti, si evidenziano immediatamente diverse situazioni nelle quali il presunto principio della irrisarcibilità viene meno. Innanzitutto, quando le parti abbiano stipulato una clausola penale per il caso di inadempimento: la dottrina ha elaborato varie tesi sulla natura e la funzione di essa ed ha distinto fra clausola penale «pura», stipulata al solo titolo di pena, e «non

²⁸ Come ad es, la natura chiaramente eccezionale della disposizione che consente il risarcimento dei danni non patrimoniali che s'inquadra coerentemente (anche se i suoi principi ordinatori possono essere discutibili) in un sistema costruito in cinquant'anni da legislatore, giurisprudenza e parte della dottrina volto a restringere al massimo la risarcibilità dei danni non patrimoniali.

pura», avente anche funzioni di risarcimento²⁹. Non è questa la sede per approfondire un istituto di tale importanza; rileva, piuttosto, ai fini del tema che si sta trattando, come, attraverso la clausola penale, le parti abbiano individuato un mezzo per evitare che loro interessi, patrimoniali e non, rimangano lesi senza possibilità di adeguata riparazione. In particolare, la clausola penale sembra diretta, anche, a ristorare il beneficiario dai disagi, i turbamenti, le ansie derivanti dall'inadempimento, quale che sia poi il suo interesse contrattuale, patrimoniale o non patrimoniale³⁰. Si costituisce così – sia pure per volontà delle parti – un'ulteriore arca sottratta al principio della irrisarcibilità e si ha un altro elemento della diversa rilevanza del danno non patrimoniale nella responsabilità contrattuale ed in quella aquiliana.

8. Vi sono poi da considerare le situazioni nelle quali il fatto dell'inadempimento costituisce un illecito penale; sorvolando sui casi di inadempimento-reato, rari e di scuola, e nei quali, francamente, è arduo rinvenire la possibilità di un danno non patrimoniale³¹, molta maggiore attenzione va prestata ai casi in cui la fattispecie dell'inadempimento leda nel contempo un interesse penalmente tutelato: esempio tipico quello della lesione del trasportato come risultato dell'inadempimento del contratto di trasporto.

Seppure inizialmente, dopo l'approvazione del nuovo codice civile, sia stata negata dalla giurisprudenza la possibilità per il soggetto leso di scegliere fra l'azione per inadempimento e l'azione aquiliana, oppure di cumularle, l'indirizzo da oltre trent'anni è mutato sì da diventare un principio consolidato. La fondatezza di tale scelta è stata contestata, sostenendo taluni che poiché gli artt. 1218 ss. disciplinano tutte le conseguenze dell'inadempimento, anche le più gravi, non vi può essere posto per altre norme, quali quelle degli artt. 2043 ss., che verrebbero a sanzionare un fatto già oggetto di esplicita normativa. Al che si è replicato che, qualora uno stesso fatto integri diverse fattispecie, sono esperibili tutte

²⁹ Cfr. V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; più recentemente v. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980 e, per la natura di pena privata della clausola penale, E. MOSCATI, *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 770.

³⁰ Cfr. A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 235; inoltre questo ruolo della clausola penale è più volte ribadito da G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, I, pp. 240 ss.

³¹ V. per gli esempi A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., I, p. 134, alla nota 125; nonché A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 223.

quelle azioni previste per quelle fattispecie³².

Ma al di là di tali divergenti considerazioni, vi è un punto che è essenziale per il discorso che qui si svolge: i sistemi nei quali il danno non patrimoniale derivante da inadempimento contrattuale è risarcito non conoscono il concorso delle azioni contrattuale ed aquiliana, e ciò appare assolutamente coerente in quanto si avrebbe una duplicazione della tutela offerta dall'ordinamento agli interessi privati, tutela che si è, quanto più possibile, voluto uniformare³³. Se dunque dubbi possono sorgere sulla coerenza dogmatica del concorso delle due azioni, sul piano del diritto positivo si dovrà però riconoscere che, agli effetti pratici, esso tende ad assicurare al soggetto leso un ambito di tutela senza il quale si verificherebbe una manifesta ed iniqua disparità di trattamento fra chi è legato da un rapporto contrattuale e chi non lo è nel caso di lesioni all'integrità fisica³⁴. Si vede così come quella che è la più naturale e diretta area di intervento della regola della risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da inadempimento contrattuale, vigente in alcuni sistemi giuridici³⁵, venga coperta dall'ordinamento italiano attraverso il principio del concorso delle azioni di responsabilità³⁶.

³² Contro la teoria del concorso e del cumulo v. A. ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 2; R. RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 962; a favore R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *op. cit.*; A. DE CUPIS, *Il danno*, *cit.*, I, p. 116. V. inoltre G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extra contrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077 e, anche per gli ampi richiami giurisprudenziali, R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in questo volume.

³³ Il riferimento immediato all'ordinamento francese per il quale si veda, oltre al classico H. e L. MAZEAUD-A. TUNC, è *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Parigi, 1965, P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Parigi, 1976.

³⁴ Osservano MAZEAUD E TUNC (*op. cit.*, I, p. 426) «*Comment accorder des dommages-intérêts à celui qui subit des souffrances par la faute d'un tiers et non par celle de son médecin ou de son transporteur*». A favore di una maggiore tutela per il soggetto obbligato che per quello leso da un illecito solo aquiliano si esprimono L. BARASSI, *op. cit.*, II, pp. 442 ss. e A. DE CUPIS, *op. cit.*, I, p. 115. A questo riguardo v. anche A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* (Padova, 1968, p. 528, n. 1) ove l'a afferma, testualmente «sotto il profilo accennato, della tutelabilità di interessi anche non patrimoniali, nell'ambito della responsabilità contrattuale riteniamo risarcibile il c.d. danno morale; mentre sappiamo che diversa è la regola per la responsabilità aquiliana»; (nelle edizioni successive la nota è stata soppressa).

³⁵ Ad es. rimanendo nell'area francofona, il Codice delle obbligazioni libanese, al suo art. 263, prevede espressamente la risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da inadempimento contrattuale.

³⁶ D'altronde, è proprio contestando la possibilità teorica del cumulo dell'azione

9. Ma l'erosione della regola di irrisarcibilità non si ferma alle grandi figure della clausola penale o del concorso di responsabilità e sembra espandersi all'interno della stessa area tradizionale del danno non patrimoniale, attribuendo natura risarcibile a taluni effetti dell'inadempimento che apparirebbero, a prima vista, sottratti a tale possibilità. Fra la non copiosa giurisprudenza sul tema va infatti segnalata una sentenza della Suprema Corte la quale ha stabilito che il danno consistente nel discredito presso la propria clientela, subito dal rivenditore per effetto dei vizi delle cose da lui acquistate per rivenderle, è una conseguenza diretta dell'inadempimento del venditore originario e, come danno diretto, è pienamente risarcibile³⁷. Ora, sono risaputi gli interrogativi che si pongono gli studiosi quando i diritti della personalità si intersecano con una attività di natura imprenditoriale, e le discussioni attorno alla seconda ipotesi prevista dall'art. 2598 c.c., che sanziona la concorrenza sleale attraverso la denigrazione, sono emblematiche a tal proposito³⁸. L'imprenditore è al centro di interessi di natura economica e ben si comprende come una lesione alla sua reputazione o al buon nome dei suoi prodotti possa agevolmente comportare negative conseguenze d'ordine patrimoniale, ma esse – secondo l'ordinamento – vanno dimostrate, anche se non nel loro preciso ammontare, essendo in tal caso consentito al giudice liquidarle in via equitativa; il discredito presso la clientela, invece, pur potendo costituire l'evento generatore della perdita della

contrattuale con quella aquiliana che A. DALMARTELLO (*op. cit.*, pp. 60 ss.) argomentava la risarcibilità dei danni contrattuali non patrimoniali.

³⁷ Cass., 3 ottobre 1966, n. 2403, in *Mass. Foro it.*, 1966, 840; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1218-1229), Bologna - Roma, 1979, p. 287, nt. 8 cita, oltre a questa sentenza, anche un'altra (Cass., 21 ottobre 1969, n. 3438, in *Foro it.*, 1970, I, p. 498), ma la fattispecie di quest'ultima è diversa, trattandosi non di discredito *tout court* ma di perdita comprovata della clientela, la cui natura eminentemente patrimoniale è indiscutibile. Si v. inoltre, per un caso di discredito incertamente collocato fra l'area contrattuale e quella aquiliana: Cass., 5 maggio 1969, n. 1512, in *Foro it.*, 1969, I, 2211, con osserv. di B. NOVELLA.

³⁸ Cfr. G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959; V. MENESINI, *La denigrazione*, Milano, 1970; G. G. AULETTA - V. MANGINI, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali*, in *Commentario del cod. civ.*, 1973; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982; L. MOSCO, *La concorrenza sleale*, Napoli, 1956; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, 1965; C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975; R. ROVELLI, *La concorrenza sleale ed i beni immateriali di diritto industriale*, Torino, 1967; G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 1982.

stessa, fattore eminentemente patrimoniale dell'attività imprenditoriale, non necessariamente porta a tali conseguenze, e non risulta che nel caso preso in esame vi abbia condotto. Certo, una sola sentenza non consolida un indirizzo giurisprudenziale, ma non sfugge, all'esame della stessa, che dietro il sottile paravento di un ipotetico danno patrimoniale indiretto si cela, in realtà, il principio del danno *in re ipsa*³⁹.

D'altronde, è nella realtà dei fatti – senza bisogno di ricorrere a particolari figure dogmatiche – che si assiste ad una progressiva patrimonializzazione di interessi tradizionalmente sottratti ad una valutazione economica, e questo anche al di fuori dell'ambiente imprenditoriale⁴⁰. In tale contesto, la reputazione, intesa come conoscenza legata ad un giudizio positivo all'interno di una comunità, si palesa come un bene dal cui conseguimento non ci si propone forse di ricavare un beneficio economico, ma per ottenere il quale vengono mosse ingenti risorse umane e materiali⁴¹. Lo stesso fenomeno si verifica anche per altri interessi quali quello alla riservatezza o al benessere psichico. Si evidenziano questi aspetti per rilevare come la giurisprudenza tenda a tener conto (e sempre più dovrà farlo) di tali trasformazioni. Ciò appare evidente proprio nella responsabilità contrattuale ove più stretto, ed anzi necessario, è il legame con un elemento di natura patrimoniale (la prestazione) il quale non potrà non rilevare nel momento di accertamento del danno e della sua liquidazione; in questo quadro d'insieme la pronuncia della Cassazione prima citata è certo rara, ma non abnorme.

10. È possibile ora cercare di comporre le varie tessere che si sono delineate: se ne trae l'impressione che, se pure vi sono numerose aree e situazioni concernenti interessi non patrimoniali che rimangono sprovviste di tutela quando lese, non mancano notevoli e vistose eccezioni che riducono di molto l'ambito di tale regola, vuoi attraverso il potere di

³⁹ Per altri casi di danno *in re ipsa* derivante da concorrenza sleale v. Cass. 13 dicembre 1960, n. 3296, in *Riv. dir. ind.*, 1961, II, 3; Cass. 7 maggio 1963, n. 1109, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1543.

⁴⁰ V. sul punto le osservazioni di R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, p. 180.

⁴¹ Si pensi alle spese per promuovere l'immagine di un candidato alle elezioni; l'interesse all'elezione è solo marginalmente patrimoniale, essendo essenzialmente d'ordine politico, di conseguimento di potere decisionale; tuttavia per conseguirlo in taluni paesi (ad es. gli Stati Uniti) si muovono somme sull'ordine di miliardi.

autonormazione degli interessi rimesso alla volontà dei privati, il quale supera la dicotomia danno patrimoniale-danno non patrimoniale, sia approntando procedimenti o mezzi diversi di riparazione, sia attraverso interventi giurisprudenziali d'ordine generale e particolare. Volendo specificare, appaiono privi di tutela gli interessi non patrimoniali primari del creditore non (più) suscettibili di soddisfazione e quelli secondari personalissimi (avulsi cioè da un rapporto con soggetti terzi, come il dolore, il disagio, l'ansia) in assenza di una clausola penale o di un illecito penalmente rilevante.

Ciò non consente di avvicinare l'ordinamento vigente italiano a quello di altri paesi dove gli ostacoli prima descritti non si rinvergono⁴², ma non consente nemmeno di affermare una generale ed incondizionata irrisarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da inadempimento contrattuale. Ma, soprattutto, le considerazioni sopra svolte fanno ritenere non del tutto superata la distinzione fra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana.

⁴² Per i sistemi di *Common Law* è difficile svolgere un parallelo del tutto coincidente con gli schemi di *civil law*; infatti, le categorie dei *special, general e exemplary damages* non corrispondono alla divisione fra danno patrimoniale e non; anche se gli *exemplary damages*, i quali tendono a risarcire interessi non patrimoniali (lesi dal comportamento particolarmente grave del convenuto) non sono ammessi nel caso di responsabilità contrattuale (v. H. MCGREGOR, *On Damages*¹⁴, Sweet & Maxwell, Londra, 1980, §§ 310 e 323, A.I. OGUS, *The Law of Damages*, Butterworths, Londra 1973, pp. 286 ss.); tuttavia i *general damages*, che sono invece risarciti, comprendono danni patrimoniali e non patrimoniali, spesso quantificati in via presuntiva o equitativa, sicché la giurisprudenza ritiene pienamente riparabili i disagi e gli inconvenienti derivanti da inadempimento contrattuale, quali lo sbarco illecito di un marinaio in un porto straniero [v. *Burton v. Pinkerton* (1867) L. R. 2 Ex. 340], oppure il trasporto del passeggero in una stazione sbagliata e lontana [*Hobbs v. London & South Western Railway* (1875) L.R. 10 Q.B. 111]. Non risarcibili le lesioni più intime quali quelle al sentimento della propria dignità (v. il caso di licenziamento ingiurioso in *Addis v. Gramophone Co.* (1909) A.C. 488].

Profili negoziali degli attributi della personalità ***

A ELENA Poddighe

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La titolarità – 3. I soggetti – 4. La dichiarazione di volontà – 5. L'oggetto – 6. La causa – 7. I vizi del consenso – 8. Lo scioglimento del rapporto: inadempimento e risoluzione – 9. *Segue*. La revoca del consenso – 10. La morte del titolare e la trasmissibilità del diritto di utilizzazione degli attributi – 11. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'osservazione della realtà offre con sempre maggior frequenza casi nei quali attributi della personalità sono utilizzati da soggetti diversi dal titolare: si pensi, ad esempio, alla riproduzione dell'immagine di persone note, di «modelli», oppure anche di persone comuni all'interno di messaggi pubblicitari; all'uso del nome di una persona (in genere nota) abbinata ad un prodotto o ad un evento; alla diffusione «in esclusiva» di avvenimenti o fatti solitamente riguardanti la sfera domestica o comunque riservata (matrimoni, nascite, ecc.).

Il giurista che esamini tali fenomeni si avvede, già ad una prima e affrettata considerazione, che le utilizzazioni ora esemplificate hanno una indubbia valenza economica sia perché si evidenzia una remunerazione a favore del titolare, sia perché l'uso, in genere, ha, direttamente o indirettamente, finalità economiche. Sol che voglia muoversi un po' più addentro la realtà si rende facilmente conto che il fenomeno osservato involge interessi patrimoniali relevantissimi e un numero estremamente cospicuo di soggetti.

Tuttavia quando, staccatosi dall'osservazione, voglia tentare di inquadrare esattamente ciò che ha visto all'interno dei propri tradizionali schemi giuridici incontra subito dubbi, incertezze, ambiguità scoraggianti. Non è forse un caso, dunque, che il tema dell'utilizzazione economica degli attributi della personalità, nella vastità degli studi e delle ricerche, sia, se non ignorato, sicuramente relegato in un secondo e modesto piano non ritenuto,

* Pubblicato in in *Dir. Inf.*, 1993, 545.

** Il presente lavoro è destinato agli «Scritti in onore di Renato Scognamiglio».

finora, meritevole di autonoma trattazione¹.

È possibile avanzare, in queste notazioni preliminari, una spiegazione almeno parziale della generale reticenza: la problematica della rilevanza giuridica degli attributi della personalità è stata fortemente influenzata, fin dal suo sorgere, da considerazioni etico-morali, evidenziandosi da un lato la «sacralità» della persona, dall'altro la sua non monetizzabilità. Ne sono eloquente conferma il travaglio di dottrina e giurisprudenza in ordine al risarcimento del danno non patrimoniale; e, specularmente, la refrattarietà, solo di recente sovvertita, ad attribuire valore economico alle lesioni della personalità. In questo contesto non stupisce che si siano ritenute le categorie del negozio giuridico e dei diritti della personalità se non antitetiche almeno scarsamente comunicanti fra loro.

Queste pagine non hanno affatto la pretesa di colmare un vuoto assai consistente di analisi e di risolvere i numerosi problemi teorici e pratici che emergono dai tentativi di inquadramento, bensì, più modestamente, di fare un catalogo delle questioni che appaiono irrisolte o suscettibili di una pluralità di soluzioni.

Sempre *in limine* sarà opportuno segnalare che l'aver assunto come punto di riferimento il negozio giuridico non costituisce una scelta meramente terminologica; dallo sviluppo del discorso sarà facile avvedersi che lo schema del contratto, di per sé di grande importanza e diffusione, non è da solo sufficiente a comprendere le molteplici fattispecie che si presentano nella realtà. Sicché sembra preferibile fare ricorso ad una categoria che se pure oggetto, da tempo, di (revisione) critica appare assai più ampia ed adattabile alle esigenze di questa ricerca². Basti pensare, senza anticiparne l'esame, alle figure della autorizzazione e della rinuncia che si rinvencono, *in nuce*, in

¹ Con la rilevante eccezione dell'opera di P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959 che costituisce tutt'oggi un essenziale punto di riferimento ricco di spunti solo parte dei quali sono stati sviluppati in questo scritto. Nella saggistica si segnalano C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in questa *Rivista*, 1988, 1, ove si svolge una attenta comparazione con le vicende nord-americane del *right of publicity*; R. MOCCIA, *Diritto all'immagine: verso il «right of publicity»*, in *Foro it.*, 1987, I, 920; G. ASSUMMA, *Lo sfruttamento a fini pubblicitari della notorietà di attori, artisti e sportivi*, in *Dir. aut.*, 1986, 215. In una ottica essenziale industrialistica si v. l'ampio contributo monografico di M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Milano, 1991. Vanno inoltre segnalate le parti di opere a contenuto generale dedicate all'argomento: v. D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 (in part. p. 403); A. DE VITA, in A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - U. BRECCIA - A. DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 10, Bologna-Roma, 1988, p. 609 ss.

² Si rinvia alle chiare pagine di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1991.

ogni utilizzazione da parte di terzi di attributi della personalità³.

E nell'ordine delle premesse occorre motivare la preferenza nel titolo all'espressione «attributi della personalità» che tende a rappresentare una situazione oggettiva più che a fornire una qualificazione giuridica, come sarebbe avvenuto se si fossero utilizzate le formule «diritti della personalità» o «diritto della personalità». Non che la disamina dei profili negoziali resti indifferente all'ormai quasi storico dibattito fra le teorie «moniste» e «pluraliste»: se il soggetto è titolare di un generale diritto della personalità la sua sfera di disponibilità sarà per un verso più vasta, ma per altro verso più generica; se invece gli sono attribuiti dall'ordinamento singoli diritti questi saranno più circoscritti ma anche più dettagliati. La diversa scelta può avere conseguenze pratiche di notevole rilievo in sede interpretativa qualora la volontà delle parti (o del soggetto) non sia stata esternata o lo sia stata solo parzialmente. E dal punto di vista teorico incide sulla individuazione dell'oggetto del negozio giuridico. Ma proprio perché le due teorie (con le loro inevitabili differenziazioni) hanno pari dignità scientifica non appare opportuno pregiudicare una ricerca i cui risultati si vorrebbe valessero anche in diversi contesti dogmatici.

2. La titolarità

Tuttavia la problematica non può essere trascurata nei suoi profili essenziali: perché si possa parlare di attività negoziale intorno agli attributi della personalità è necessario presupporre che i soggetti possano vantare una titolarità su tali attributi o sul loro uso consentendo loro di disporre validamente di essi. Il problema posto è meno scontato di quanto si possa credere. Ancorché dottrina e giurisprudenza siano concordi nel ritenere che ognuno abbia un diritto – tutelato anche da norme costituzionali – sulla propria personalità o su singoli suoi aspetti, l'ampiezza di tale diritto è tutta da definire⁴ e certo non bastano le, peraltro poche, disposizioni che esplicitamente vietano talune interferenze con l'altrui personalità⁵. Per

³ Senza tuttavia dimenticare quella dottrina (V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 53 ss.) la quale classifica il permesso quale dichiarazione non negoziale. A favore M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 433.

⁴ Cfr. A. DE VITA, *op. cit.*, p. 552.

⁵ Uno degli approcci più frequenti ai profili patrimoniali della personalità è quello del risarcimento del danno a seguito di illecito (e non necessariamente disonorevole) sfruttamento dell'altrui personalità: sul punto v. C. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sul danno*

chiarire, fra ciò che è espressamente consentito e ciò che è espressamente vietato vi è una vasta «zona grigia» di comportamenti suscettibili di qualificarsi come leciti o illeciti a seconda di mutevoli circostanze oggettive e soggettive⁶. Come incide questo sull'attività negoziale?

Per un verso si potrebbe ritenere che siano sottratti alla disponibilità del titolare quelle utilizzazioni (il termine è in senso lato e atecnico) di aspetti della personalità che terzi possono lecitamente compiere anche senza il suo consenso: il Capo dello Stato ha una limitata titolarità sulla propria immagine ritratta in pubblico o in occasioni pubbliche, la quale può essere liberamente riprodotta⁷. In tali casi non vi sarebbe quindi possibilità di svolgere un'attività negoziale. Per altro verso – e più correttamente – si potrebbe ritenere che la liceità dell'utilizzazione senza il consenso non esclude affatto che possa intervenire un qualche negozio fra titolare e terzo: il capo dello stato «posa» per i fotografi, l'attore consente che questi occupino la postazione più favorevole per riprendere una sua recita pubblica. In tale ipotesi non sembra, a prima vista, che possano applicarsi le conclusioni in caso di acquisto di cose già del compratore (art. 1470 cod. civ.), o di licenza di utilizzazione di un brevetto nullo (art. 59-*bis* r.d. 29 giugno 1939, n. 1127). Ancora, e più radicalmente (ma meno convincentemente), si potrebbe ritenere che nell'assunzione di un ruolo di notorietà vi sia un consenso tacito abdicativo di propri diritti su taluni attributi della personalità.

Dunque vi è incertezza non solo per la «zona grigia» di cui si è detto, ma

da illecita utilizzazione economica dell'immagine altrui, in questa *Rivista*, 1991, 589; A. BARENGHI, *Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione*, in questa *Rivista*, 1992, 565. Nella giurisprudenza v. fra le tante le opposte decisioni Trib. Milano 3 novembre 1986, in questa *Rivista*, 1987, 1003 e Cass. 6 febbraio 1993, n. 1503 (foto di Gino Bartali) *ivi*, 1993; App. Milano 16 maggio 1989, in questa *Rivista*, 1991, 579 (foto di Liz Taylor); Cass. 16 aprile 1991, n. 4031, in questa *Rivista*, 1991, 835 (foto dell'attrice Corinne Clery); Trib. Milano 10 febbraio 1992, in questa *Rivista*, 1992, 835 (foto di Romina Power).

⁶ La questione è di rilevante interesse economico: si tratta di comprendere se nomi, fattezze, vicende siano liberamente utilizzabili da terzi nei modi più svariati, dalla pubblicità alle parodie, dai racconti romanziati alla cinematografia, dal marchio al gadget: sul punto, v. per l'esperienza statunitense, P.L. FELCHER - E.L. RUBIN, *Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media*, in 88 *Yale L. J.* 1577 (1979).

⁷ Che anche i personaggi politici abbiano un interesse economico nella loro immagine e dei loro attributi è confermato dalla giurisprudenza v. Trib. Roma 20 luglio 1991, in questa *Rivista*, 1992, 88 (immagine dell'on. Craxi utilizzata in una pubblicità del quotidiano «La Repubblica»). Nella giurisprudenza americana v. *Jackson v. MPI Home Video*, 15 *Med. L. Rptr.* 2065 (1988) (sfruttamento non autorizzato in videocassette del discorso di Jesse Jackson alla Convenzione democratica del 1988: ma l'inibitoria viene concessa non per violazione del *right of publicity*, bensì per confusione nel pubblico dei consumatori).

anche per l'area delle attività (di terzi) lecite.

Si aggiunga che nemmeno costituisce un sicuro referente la individuazione delle interferenze sicuramente illecite con l'altrui personalità⁸: sancita dall'ordinamento la illiceità dell'usurpazione del nome altrui (art. 7 cod. civ.) o della lesione della reputazione (art. 595 cod. pen.), si può motivatamente dubitare dell'ammissibilità di un negozio che autorizzasse taluno a spacciarsi per il titolare o a ingiurarlo pubblicamente. Ciò porta a considerare la questione della indisponibilità (degli attributi) della personalità: per lungo tempo essa è stata considerata una delle caratteristiche più salienti, ma in tale convincimento hanno aperto larghe breccie le constatazioni delle utilizzazioni economiche della personalità. Non è mancata la distinzione fra indisponibilità del diritto e disponibilità di singole sue utilizzazioni, ma la precisazione appare solo approssimativa: basti considerare il caso del diritto morale all'integrità dell'opera cinematografica abitualmente oggetto di (integrale) disposizione negoziale da parte dell'autore.

Probabilmente non vi è una regola unitaria, ma essa si adatta a seconda dell'aspetto considerato e delle circostanze, la indisponibilità assurgendo a divieto assoluto solo in quei casi in cui esso è posto anche nell'interesse pubblico (ad es. certezza dell'individuazione dei soggetti di diritto attraverso il loro nome).

Tutto questo conferma la scarsa comunicabilità dei piani dell'illecito (sul quale essenzialmente è stata considerata l'effettualità del diritto – o dei diritti – della personalità) e del negozio.

3. *I soggetti*

Quanto si è finora detto in ordine alla titolarità, si collega strettamente ad un altro profilo, quello della individuazione dei soggetti dell'attività negoziale. In primo luogo si deve osservare che appare ormai consolidato il convincimento che anche le persone giuridiche e gli enti non personificati siano titolari di diritti su aspetti della loro «personalità»: reputazione, identità personale, nome. Ed è ugualmente radicata la consapevolezza della mancata coincidenza, ontologica, del fascio di situazioni attribuite alla

⁸ V. per tutti A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, p. 89 ss. il quale dopo aver riconosciuto che la disponibilità costituisce elemento essenziale della signoria sul diritto, esclude che tale signoria possa esercitarsi con riguardo ai diritti della personalità.

persona fisica e agli enti⁹. Tali diversità si estrinsecano non solo in senso restrittivo (una società non ha una immagine in senso proprio) ma anche in senso estensivo, non valendo per gli enti divieti che invece sono stabili e non derogabili per le persone fisiche (una associazione può senza ostacoli cedere il proprio nome)¹⁰.

Ma quel che appare il profilo di maggiore rilievo non è tanto la titolarità in via primaria, da parte degli enti, di diritti su attributi della personalità, quanto la titolarità in via derivativa: si pensi ai diritti di una società sportiva sull'immagine (fotografica, cinematografica, televisiva) dei propri atleti. Non si tratta meramente del problema (peraltro di grandissima importanza) della trasmissibilità di diritti inerenti alla personalità, né vale risolverlo in analogia a quanto si stabilirà in ordine alla trasferibilità di diritto ad una persona fisica; gli enti presentano una non trascurabile differenza rispetto agli umani: sono potenzialmente eterni o comunque di durata secolare¹¹. La complessità della questione e la rilevanza delle sue implicazioni teoriche e pratiche sono emerse a tutto tondo nelle vicende del c.d. «right of publicity»¹² nell'ordinamento statunitense, sorte proprio in relazione

⁹ Vi sono poi delle figure anomale: si pensi al caso, tutt'altro che infrequente, di un complesso musicale; per il riconoscimento ad esso di tali diritti nell'ordinamento americano v. *Bi-Rite Enterprises v. Button Master*, 9 *Med. L. Rptr.* 1531 (1983) (in part. 1539). V. pure, per i complessi sportivi, M.V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1988, p. 163 ss.

¹⁰ Ma v. per le società le osservazioni di R. COSTI, *Il nome della società*, Padova, 1964, p. 110. V. pure M. NUZZO, *Nome (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 311 ove si evidenzia la sostanziale «distinzione esistente tra la funzione del nome della persona fisica e quella del «nome» degli altri soggetti e degli enti non personificati».

¹¹ Non appare dunque condivisibile l'affermazione di A. DE CUPIS (*op. cit.*, p. 325) secondo cui «spenta, oltre alla loro vita, anche quella dei loro discendenti diretti fino al quarto grado... la protezione giuridica della loro immagine cessa, sotto ogni aspetto, anche di riflesso, di sussistere». Come si dirà (*infra*, par. 10), se il soggetto ha trasmesso i diritti di sfruttamento ad una persona giuridica (o comunque ad un soggetto ben determinato) non ha senso alcuno il richiamo al limite temporale dell'esistenza in vita di parenti entro il quarto grado, che rileva solo in caso di mancanza di disposizioni espresse.

¹² Sul punto la biografia è ormai impressionante: ci si limita a rinviare a quella riportata in L.A. LAWRENCE, *The Right of Publicity: A Research Guide*, in 10 *Hastings Comm/Ent. L. J.* 143 (1987), e agli AA. citati *infra* in nota. Per una prima disamina comparatistica della questione v. A. DE VITA, *op. cit.*, p. 610 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto ecc.*, cit., p. 5 ss.; R. MOCCIA, *op. cit.* Il diritto viene per la prima volta espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza nel caso *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*, 202 *F. 2d* 866 (1953) relativo all'uso dell'immagine di un atleta su figurine inserite nei pacchetti di gomma da masticare. Segue di lì a poco il primo, e tuttora essenziale, contributo dottrinale: M.B. NIMMER, *The right of publicity*, 19 *Law & Cont. Prob.* 203 (1954), il quale fin da allora evidenzia l'inadeguatezza dell'istituto della privacy a fronteggiare

alla trasmissibilità *inter vivos* o *mortis causa*¹³ di diritti su attributi della personalità. È facile comprendere che la soluzione che si riterrà di scegliere incide radicalmente su un vastissimo mercato di enorme valore economico che vive della fama di soggetti viventi o defunti, commercializzandone riproduzioni dell'immagine e sfruttando il loro nome¹⁴. Ed è di nuovo l'esperienza concreta nord-americana a far vedere come in una chiave tutta negoziale siano impostati i rapporti fra le celebrità e le società – di solito da essi stessi fondate e controllate¹⁵ – che gestiscono lo sfruttamento del loro

i problemi posti dallo sfruttamento economico della personalità. Non pare inutile ricordare che Nimmer rimane una delle massime autorità americane in tema di diritto d'autore: di qui la capacità di cogliere le potenzialità economiche di entità immateriali. Fra gli altri contributi iniziali di maggiore rilievo per la definizione della figura v. H.R. GORDON, *Right of Property in Name, Likeness, Personality and History*, in 55 *N. W. U.L. Rev.* 553 (1960). Sull'assai diverso stato di cose nella *common law* inglese v. T. FRAZER, *Appropriation of personality: a new tort?*, in 99 *L. Q. Rev.* 281 (1983).

¹³ Fra gli innumerevoli casi offerti dalla giurisprudenza v. *Maritote v. Desilu Production*, 345 *F. 2d* 418 (1965) (eredi di Al Capone: l'azione fu promossa come ingiustificato arricchimento); *Schumann v. Loew's Inc.*, 135 *N.Y.S. 2d* 361 (1953) (pronipoti del compositore Robert Schumann: ma uno degli argomenti della sentenza di rigetto è la mancata prova della titolarità dei vantati diritti successori); *James v. Screen Gems Inc.* 174 *Cal. App. 2d* 650 (1959) (vedova di Jesse James); *Lugosi v. Universal Pictures*, 5 *Med. L. Rptr.* 2185 (1979) (eredi del famoso «Dracula» cinematografico, Bela Lugosi); *Guglielmi v. Spelling-Goldberg*, 5 *Med. L. Rptr.* 2208 (1979) (eredi di Rodolfo Valentino); *Marx Productions v. Day and Night Company*, 7 *Med. L. Rptr.* 2030 (1981) (erede testamentario di Groucho Marx); *Commerce Union Bank v. Coors*, 7 *Med. L. Rptr.* 2204 (1981) (eredi di un noto cantante folk); *Southeast Bank v. Laurence*, 11 *Med. L. Rptr.* 1216 (1984) (intitolazione di un teatro al defunto drammaturgo Tennessee Williams); *Pirone v. Macmillan Inc.*, 17 *Med. L. Rptr.* 1472 (1990) (eredi del giocatore di baseball Babe Ruth).

¹⁴ Si v. i dati riportati nella decisione *Tennessee ex rel. Presley v. Crowell*, 14 *Med. L. Rptr.* 1043 (1987): il giro d'affari del marketing del nome e dell'immagine di Elvis Presley ammontava all'epoca a circa 50 milioni di dollari annui con un profitto per la Elvis Presley Enterprises, titolare di tutti i diritti, di circa 4,6 milioni di dollari.

¹⁵ Sintomatica di questa situazione è la vicenda esaminata da Cass. 2 maggio 1991, n. 4785 (est. Vercellone) (in questa *Rivista*, 1991, 837 con richiami di C. SCOGNAMIGLIO) e in *Foro it.*, 1992, I, 831, con nota di M. CHIAROLLA, *Alla scoperta dell'America, ovvero: dal diritto al nome e all'immagine al «right of publicity»*) dove la Armani S.p.A. affermava – ma non provava – di essere legittimata a gestire in via esclusiva la commercializzazione del diritto al nome e del diritto all'immagine del noto stilista. Nella giurisprudenza americana v. la situazione in *Memphis Development v. Factors*, 5 *Med. L. Rptr.* 2521 (1980): Elvis Presley in vita aveva attribuito i diritti esclusivi di sfruttamento del proprio nome e della propria immagine a tale Boxcar Enterprises, la quale, dopo la morte di Presley, concede una licenza esclusiva a tale Factors Inc. Dal canto suo una fondazione della città natale di Presley, Memphis Development, dopo la morte del cantante, raccoglie fondi per erigere una statua e a tutti i sottoscrittori invia una riproduzione in scala della statua; di qui la

nome, della loro immagine ed in generale della loro notorietà¹⁶.

Actio personalis moritur cum persona è il brocardo agitato da quanti ritengono che la morte del titolare faccia venire meno ogni diritto sugli attributi della personalità¹⁷. Ambivalente si presenta quella normativa che consente (artt. 93, 96 l.d.a.) ai discendenti fino al quarto grado di agire a tutela della corrispondenza epistolare o dell'immagine del defunto. In primo luogo perché si pone in una logica extracontrattuale; in secondo luogo perché potrebbe interpretarsi sia come eccezione, non estensibile analogicamente ad una generale regola di intrasmissibilità¹⁸; sia, all'opposto, come indizio alla trasmissibilità dei diritti. Maggiori elementi potrebbero trarsi dall'esegesi dell'art. 21 l.m. il quale prevede che possano essere brevettati come marchi anche i nomi e le immagini di persone, con ciò consentendo una durata indefinita¹⁹, salva la decadenza per non uso (ma si vedano ora le forti limitazioni introdotte con la novellazione dell'art. 21 l.m.)²⁰.

controversia che, come si vede, non riguarda un caso di sfruttamento commerciale come invece era avvenuto nel caso *Factors v. Pro Arts Inc.* (4 *Med. L. Rptr.* 1144) (1978) e (7 *Med. L. Rptr.* 1617) (1981). V. inoltre *Carson v. Here's Johnny* (6 *Med. L. Rptr.* 2112) (1980) e 9 (*Med. L. Rptr.* 1153) (1983); *Marx Productions v. Day and Night Production*, (7 *Med. L. Rptr.* 2030) (1981) (società fondata da Harpo Marx).

¹⁶ Peraltro critico verso parallelismi troppo stretti con le vicende statunitensi del «*right of publicity*» è M. RICOLFI, *op. cit.*, in part. p. 402 s.

¹⁷ Per applicazioni giurisprudenziali statunitensi v. *Memphis Development v. Factors*, 5 *Med. L. Rptr.* 2523 (1980): «La commercializzazione del buon nome dopo la morte da parte dei titolari è contrario alla nostra tradizione giuridica e appare anche contraria ai presupposti morali della nostra cultura»; nonché *Reeves v. United Artists*, 9 *Med. L. Rptr.* 2484 (1983) confermato in appello 11 *Med. L. Rptr.* 2181 (1985).

¹⁸ Sul principio della intrasmissibilità v. per tutti A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 86 ss. (il cui fondamento andrebbe «ricercato nella natura del relativo oggetto, il quale si identifica, ricordiamo, coi beni più elevati della persona, legati ad essa da un nesso che può dirsi di natura organica»).

¹⁹ Sul punto v. M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 296 ss.

²⁰ V. il d.lgs. 4 dicembre 1992, n. 480 (Attuazione della direttiva n. 89/104/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1988, recante ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa) il quale così sostituisce l'ultimo comma dell'art. 21 r.d. 929/1942: «Se noti, possono essere registrati come marchio solo dall'avente diritto, o con il consenso di questi, o dei soggetti di cui al comma 1: i nomi di persona, i segni usati in campo artistico, letterario, scientifico, politico o sportivo, le denominazioni e sigle di manifestazioni e quelle di Enti ed associazioni non aventi finalità economiche, nonché gli emblemi caratteristici di questi». Per un primo, puntuale, commento v. A. VANZETTI, *La nuova legge marchi*, Milano 1993, p. 1025. «Si tratta di una norma che si discosta in maniera violenta dalle tradizionali costruzioni del marchio come segno distintivo e dalle tesi che ne limitavano la tutela appunto e soltanto al valore distintivo e non a quello suggestivo. C'è qui, al contrario, l'inequivocabile riconoscimento proprio

Questa prospettiva per così dire «industrialista» – sulla quale ci si soffermerà più avanti – evidenzia *ictu oculi* una notevole caratteristica: quella di «reificare» questo o quell'aspetto della personalità rendendolo sotto il profilo economico, non metaforicamente, «*aeris perennius*», in non lieve contrasto con la temporalità tipica della tutela offerta alle espressioni artistiche o inventive della personalità dalla legge sul diritto d'autore e da quella sui brevetti.

E più in generale la visuale negoziale impone una riconsiderazione del pur tradizionale problema della trasmissibilità dei diritti della (o del diritto di) personalità, misurandolo con concrete e rilevanti esigenze private, al fine di accertare se il bene consistente nel valore economico del nome, dell'immagine o in generale della fama rientri nel patrimonio del defunto o comunque sia trasmissibile *mortis causa*.

Ancora, per proseguire nella disamina dei profili soggettivi, merita di essere segnalata la problematica – di non infrequente emersione – dello sfruttamento degli attributi della personalità di minori da parte degli esercenti la potestà, potendosi non oziosamente chiedere se ciò rientri fra gli atti di ordinaria o fra quelli di straordinaria amministrazione per la cui validità si richiede l'autorizzazione del giudice tutelare²¹.

A favore di una tesi o dell'altra potrebbero addursi numerosi argomenti, taluni giuridici (tratti dalla copiosa casistica giurisprudenziale di vario

del valore suggestivo di determinati segni, della loro «capacità di vendita» che nulla ha a che vedere con la qualità o con il prezzo dei prodotti contrassegnati. D'altra parte il fenomeno esisteva, ed in misura sicuramente macroscopica, cosicché era necessario prenderne atto e, piuttosto che lasciar strada aperta ad operazioni parassitarie, per quanto a malincuore riservare il valore suggestivo dei segni a chi ne aveva il merito»; nonché M. FAZZINI, *Prime impressioni sulla riforma della disciplina dei marchi*, in *Riv. dir. ind.* 1993, I, 159 (a p. 177). I lavori preparatori sono in G. FLORIDIA, *Marchi, invenzioni e modelli*, Milano 1993, p. 96 ss.

²¹ Secondo P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 199 s. si tratterebbe sempre di un atto eccedente l'ordinaria amministrazione e quindi necessitante l'autorizzazione del giudice tutelare. Ma v. A. DE VITA, *op. cit.*, p. 560. Esplicitamente sostiene la necessità del controllo del giudice tutelare G.C.M. RIVOLTA, *Immagine del minore, pubblicità e potestà dei genitori*, in *Riv. dir. ind.*, 1986, I, 158. Per un caso di sfruttamento dell'immagine di minore in una campagna pubblicitaria (senza però che venga esaminato il profilo dell'autorizzazione) v. Pret. Roma 13 aprile 1985, in *Resp. civ.*, 1985, 467 (con nota di P.G. MONATERI, *Consenso allo sfruttamento della propria immagine ed estensione dell'audience*). Nella giurisprudenza americana v. *Shields v. Gross*, 7 *Med. L. Rptr.* 2349 (1981) e 8 *Med. L. Rptr.* 1928 (1982) relativo alla foto nuda dell'attrice Brooke Shields fatta quando questa era una bambina su autorizzazione della madre. In appello il fondamento della decisione favorevole alla richiesta dell'attrice, ormai maggiorenne, di inibire la divulgazione delle foto è fondata sulla natura non disponibile del diritto.

segno), altri extra-giuridici (incentrati sullo sviluppo della personalità del minore).

4. *La dichiarazione di volontà*

Gli atti negoziali concernenti attributi della personalità possono assumere molteplici vesti. Prima di esaminare i contratti è opportuna una sia pur sommaria individuazione di quelle dichiarazioni unilaterali di volontà attraverso le quali viene conferito il diritto di sfruttamento dell'altrui personalità: si pensi al caso della manifestazione del consenso dato da una persona (non importa se notoria o meno) all'utilizzazione di una propria immagine in una campagna promozionale, senza richiesta o obbligo di corrispettivo; oppure all'adesione data da una personalità ad una iniziativa di beneficenza che facoltizza i promotori di pubblicizzare la circostanza²²; oppure il consenso dato da una celebrità ad un fotografo affinché lo riprenda fra le mura domestiche e utilizzi come crede la immagine; e ancora alla c.d. «liberatoria» sottoscritta dall'involontario protagonista di uno scherzo televisivo da «*candid camera*» o la concessione di una intervista su aspetti della propria vita privata. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi osservando la realtà, tali e tanti sono gli usi che possono essere fatti degli attributi della personalità. Il comune denominatore delle varie ipotesi è che il soggetto non è in alcun modo obbligato al comportamento indicato, né l'altra parte è tenuto ad una controprestazione, e tuttavia il risultato consiste in un vantaggio patrimoniale o patrimonialmente valutabile per il soggetto diverso dal titolare originario. La mancanza del vincolo obbligatorio in questo genere di rapporti evidenzia la perdurante rilevanza per la circolazione giuridica di istituti diversi dall'obbligazione e dal contratto, e la cui disciplina più tipica si rinviene nei diritti reali o in quelli successori, in primo luogo

²² Vi è poi il caso inverso, di uso, senza il consenso dell'interessato, dell'immagine o del nome per sostenere una tesi a lui contraria: v. le opposte decisioni italiana e americana. Pret. Roma 21 ottobre 1989, in questa *Rivista*, 1990, 560 con nota di M. GARUTTI, *Abbinamento dell'immagine di un personaggio noto con un prodotto a scopo di differenziazione* (confermata da Trib. Roma 25 marzo 1992, *ivi*, 1992, 836) (immagine di E. Scalfari in una pubblicità di un giornale avversario) e *O' Hair v. Skobrood*, 17 *Med. L. Rptr.* 1869 (1990) (nome di una leader atea utilizzata in una campagna di organizzazione religiosa).

la rinuncia²³, ma anche l'autorizzazione²⁴ e il consenso dell'avente diritto²⁵. Non si ignora, peraltro, che sulla non contrattualità della rinuncia esistono, in dottrina e giurisprudenza opinioni discordi, quantomeno con riguardo a talune fattispecie²⁶. E tuttavia a volersi attenere agli esempi prospettati non sembra dubitabile che in essi rileva unicamente l'attività giuridica del disponente, risolvendosi la condotta dell'altra parte in un mero fatto, cui non pare potersi attribuire neanche una funzione recettizia determinante per la efficacia dell'atto negoziale unilaterale del titolare.

Considerazioni ulteriori meriterebbero di essere svolte in ordine all'ammissibilità di forme tacite di attività negoziali concernenti gli aspetti della personalità²⁷. A tal proposito necessiterebbero di verifica le teorie correnti in tema di negozi taciti applicandole alla particolarità del caso. Giova evidenziare come sia ricorrente nel dibattito intorno alla liceità dell'utilizzazione da parte di terzi degli attributi della personalità l'interrogativo circa l'esistenza e la portata di un consenso tacito²⁸: l'esempio più frequente si presenta con l'interpretazione delle eccezioni – previste dall'art. 97 l.d.a. – al generale principio della necessità del consenso del ritrattato, in particolare quando quest'ultimo sia un soggetto «pubblico» o comunque dotato di notorietà. In tali casi vi è chi ritiene – in dottrina e in giurisprudenza – che la volontaria esposizione del titolare alla pubblica opinione costituisca atto giuridicamente abdicativo di diritti sulla utilizzazione della propria immagine²⁹. E parimenti, in tema di riservatezza,

²³ Ma v. la tradizionale tesi della irrinunciabilità dei diritti della personalità: A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 91 s.

²⁴ V.G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 164.

²⁵ Ma v. i limiti che vengono posti dalla dottrina tradizionale: A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 93 ss. Fra i molti sostenitori della tesi del consenso dell'avente diritto v. A. DE VITA, *op. cit.*, p. 552 ss.; M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 281 ss.

²⁶ V. l'approfondimento riesame della problematica di F. MACIOCE, *Contributo alla teoria del negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1988, in part. p. 153 ss.

²⁷ V. S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, p. 66 ss. sulla desumibilità della volontà di rinunciare per *facta concludentia*.

²⁸ Riconosciuto anche da A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 297 s.; v. pure A. DE VITA, *op. cit.*, p. 562 s., nonché S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 159 ss. In giurisprudenza v. Pret. Roma 2 gennaio 1985, in questa *Rivista*, 1985, 710 (consenso tacito della Loren per non aver questa contestato precedenti utilizzazioni delle medesime immagini).

²⁹ V. Trib. Verona 17 marzo 1990, in questa *Rivista*, 1990, 1012 («consenso implicito» per chi si sia volontariamente collocato tra i personaggi «pubblici») e v. pure la risalente Pret. Roma 13 dicembre 1955, in *Riv. dir. ind.*, 1956, II, 266: «esercitando la professione di attrice la ricorrente (Anna Magnani) ha implicitamente rinunciato alla privatezza della sua immagine».

la divulgazione da parte dell'interessato di vicende intime o il compimento di attività o gesti, abitualmente attinenti alla sfera privata, in un luogo pubblico vengono interpretati come tacito consenso alla loro diffondibilità o come tacita rinuncia ad esercitare su quei fatti o quelle vicende il diritto di riservatezza³⁰.

Ma tali considerazioni svolte *erga omnes*, come si adattano ad un rapporto fra due o più soggetti? Si pensi al contenuto di una conversazione informale fra un personaggio famoso ed un giornalista; oppure al rapporto fra l'attore e il fotografo di scena: potrà desumersi dalle circostanze un tacito consenso alla pubblicazione del colloquio o all'utilizzazione delle immagini anche fuori dall'attività di pubblicizzazione della pellicola³¹?

Questione di interpretazione, senza dubbio, ma in primo luogo di accertamento di un valido negozio senza il quale non potrà svolgersi alcuna attività ermeneutica.

Anche qui si porrà il non sempre facile compito – essenzialmente di estrazione casistica – di fissare il confine fra rapporti di mera cortesia o convenzione sociale (ad es. l'autografo apposto dal noto atleta sulla foto presentatagli da un suo giovane ammiratore) e rapporti giuridicamente rilevanti ancorché «di fatto»³².

Comunque, accanto a questa non marginale area di attività negoziali non contrattuali vi è quella grande e sempre crescente – per quantità e per valore – dei rapporti contrattuali concernenti attributi della personalità: contratti di pubblicità, di sponsorizzazione³³, di edizione, di prestazioni artistiche, licenze per marchi, ecc. Ovviamente ciascuno parteciperà delle problematiche comuni ai singoli tipi cui esso appartiene o è riconducibile.

³⁰ V. Cass. 29 novembre 1973, n. 3290 (in *Foro Pad.*, 1975, I, 20): consenso tacito sia per l'«atteggiamento evidente compiaciuto assunto» al momento della fotografia sia per essersi mescolato ad attori, aspiranti attrici, fotografi «tutte persone abituate alla pubblicità e desiderose di pubblicità».

³¹ Secondo Pret. Roma 12 novembre 1975, in *Dir. aut.*, 1976, 148 spetterebbe a chi ha volontariamente posato per un servizio fotografico fornire la prova dell'esistenza di riserve di tempo e di modalità in ordine all'utilizzazione delle fotografie; e in senso conforme Pret. Roma 13 novembre 1967, in *Foro it.*, 1968, I, 287.

³² Sulla distinzione fra casi in cui sorge un diritto a favore dell'utilizzatore e rapporti di mera cortesia v. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 126 ss.

³³ Sostiene la netta differenza fra contratti di sponsorizzazione e c.d. contratti di merchandising M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 425 ss. Tuttavia, trattandosi di contratti atipici, solo dal consolidamento del «tipo sociale» si potrà stabilire l'appartenenza a questa o quella categoria. Per un primo approccio v. M. FUSI - P. TESTA, *I contratti di sponsorizzazione*, in questa *Rivista*, 1985, 445 (in part. p. 467 ss.); M.V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1988, p. 155 ss.

Prima di esaminare taluni aspetti essenziali o accidentali di tali contratti, conviene mettere in luce la necessaria patrimonialità del rapporto che si instaura fra le parti e che discende dalla valutabilità economica della prestazione: si possono distinguere i casi in cui il titolare consente l'uso di propri attributi della personalità o si impegna ad una determinata prestazione in cambio di un corrispettivo monetario; vi sono poi dei casi in cui pare non esserci corrispettivo – ad es. la partecipazione di un cantante o di uno scrittore ad una trasmissione televisiva – ma un attento esame della realtà disvela che il *tantundem* consiste nell'aumentata notorietà che deriva dalla utilizzazione consentita o dalla prestazione (ad es. il partecipante approfitterà dell'occasione per parlare – pubblicizzandolo – del proprio ultimo disco o libro). Infine vi sono dei casi per così dire rovesciati, in cui è il soggetto a prestare un corrispettivo al terzo in cambio dell'attività di pubblicizzazione della personalità che questo si impegna a svolgere: si pensi al ruolo degli agenti e degli «uffici stampa» nel mondo dello spettacolo.

Non mancano peraltro situazioni in cui la unilateralità dell'obbligazione fa discutere se ci si trovi di fronte ad un caso di contratto con obbligazioni a carico del solo proponente oppure di donazione indiretta: si pensi ad un concerto di beneficenza o alla partecipazione ad una campagna di «pubblicità progresso». Le conseguenze sono quelle ampiamente dibattute dalla dottrina che ha analizzato la distinzione fra le due figure, anche se sembra ricorrere – nella maggioranza dei casi – lo schema della liberalità atipica in quanto se dal lato del titolare vi è una rinuncia al compenso usuale, dal lato del terzo vi è l'impegno a sopportare i costi organizzativi (ad es. la sala, la scenografia, le luci, l'amplificazione) e le spese vive (ad es. il viaggio, l'albergo, i pasti).

5. *L'oggetto*

Tante sono le opinioni sull'oggetto del negozio giuridico (e dell'obbligazione e del contratto) quante sono quelle sull'oggetto del diritto o dei diritti della personalità³⁴. È sufficiente questa banale considerazione per comprendere come la difficoltà di precisare l'oggetto del negozio che

³⁴ Si v. la precisa ricostruzione (e le proposte di soluzione) di G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 137. La questione è espressamente trattata anche da D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 403 ss.

riguardi attributi della personalità sia, per così dire, elevata al quadrato³⁵.

Si potrebbe obiettare, in maniera assai drastica, che la teoria dell'oggetto del negozio – cui pure è dedicata grande attenzione da parte della dottrina – presenta un assai modesto rilievo pratico, almeno a giudicare dal generale disinteresse che incontra nella giurisprudenza³⁶. Ma il ruolo del giurista essendo quello non di prendere meramente atto della realtà, bensì di fornire un comprensibile e coerente quadro di riferimento nei quali possano operare i concetti e gli istituti giuridici, l'obiezione non pare appagante. E non va taciuto che, al contrario, per quanto riguarda i diritti (o il diritto) della personalità l'individuazione del loro oggetto presenta un estremo rilievo sia teorico che pratico in quanto consente di stabilire e la tutelabilità della situazione e la normativa applicabile³⁷. Se ciò vale in una prospettiva *erga omnes*³⁸, a maggior ragione s'impone con riguardo alle attività negoziali concernenti attributi della personalità. Converrà esaminare la questione induttivamente, passando in rassegna le ipotesi più significative, prima di verificare se siano possibili alcune conclusioni generali.

a) *Immagine*: il negozio – unilaterale o corrispettivo – mira a consentire all'altra parte di utilizzare, attraverso le molteplici forme di riproduzione, le fattezze del titolare. Può darsi che l'altra parte diventi titolare esclusivo ed originario di un diritto su una o più immagini, come nel caso del fotografo disciplinato dagli artt. 87 ss. l.d.a.; può darsi invece che gli venga attribuito dal titolare un diritto esclusivo di sfruttamento di una certa immagine; oppure, ancora, che tale diritto sia limitato nel numero di volte e dalla concorrente utilizzazione di terzi (è il caso del servizio fotografico pubblicato

³⁵ F. CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, p. 53 risolve, a modo suo, la questione: nome, immagine, onore «sono interessi, non beni, e perciò costituiscono il contenuto non l'obbietto del diritto soggettivo» (come se fosse pacifica la distinzione fra «contenuto» e «obbietto»).

³⁶ Sia consentito il rinvio a V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, in G. ALPA - M. BESSONE, *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, p. 727.

³⁷ V. C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto ecc.*, cit., p. 26 ss. ove, con riguardo al nome e all'immagine, si prospetta l'esistenza di due distinte situazioni giuridiche soggettive, una, più tradizionale, con connotazioni essenzialmente morali e pubblicistiche, l'altra con oggetto un autonomo bene immateriale con rilievo precipuamente economico. Ma v. *contra* M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 382 ss. Per G. SANTINI, *op. cit.*, p. 165, si vengono a creare due beni immateriali diversi, personale l'uno e patrimoniale l'altro.

³⁸ Ma v. D. MESSINETTI, *op. cit.*, p. 403, il quale esclude che «la qualificazione della persona come garanzia contro le violazioni altrui» possa essere utilizzata per far emergere «alcuna entità individuale in termini di «oggetto»».

per una sola volta su una o più riviste)³⁹.

Se per oggetto intendiamo l'elemento materiale su cui cade la manifestazione di volontà del titolare o delle parti, in molti di questi esempi riterremo che l'oggetto consiste nel *corpus mechanicum* la cui utilizzazione è consentita all'altra parte⁴⁰; ma laddove questo non esista prima del negozio, bensì è il negozio che deve consentire la realizzazione del ritratto, spesso con una materiale e attiva collaborazione del titolare (come nel caso del film), l'oggetto consisterà o nella prestazione o nella licenza a ritrarre e riprodurre le altrui fattezze⁴¹.

La contiguità e sovrapposizione di più aspetti si accentua quanto più vi sia una prestazione lavorativa da parte del titolare come nel caso delle c.d. scritture artistiche: indubbiamente il contratto del produttore cinematografico con l'attore è volto a poter impressionare una pellicola con la sua immagine, ma sarebbe riduttivo considerare il contratto come mera cessione della possibilità di sfruttare l'attributo della personalità. La ambivalenza si accresce in talune ipotesi ove più immediato è il rapporto di fruizione dell'immagine come negli spettacoli televisivi, e si attenua laddove la prestazione lavorativa si pone in secondo piano, come per il fotomodello o la fotomodella per il cui rapporto appare intrinseco e connaturato l'indossare abiti o altri accessori.

Nei casi di maggiore rilievo economico l'ampiezza dello sfruttamento autorizzato verrà definita contrattualmente attraverso clausole espresse; vi sono tuttavia casi nei quali essa resta per molti aspetti indeterminata, come quando taluno conceda – senza specifiche indicazioni – una propria fotografia ad un periodico; oppure un servizio fotografico venga realizzato senza pattuizioni fra ritratto e fotografo⁴².

³⁹ V. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 229.

⁴⁰ V. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 37 il quale distingue fra diritti sull'oggetto materiale «ritratto» e diritti sul proprio ritratto, il cui oggetto è immateriale e consiste nella raffigurazione artistica o fotografica dell'aspetto fisico del soggetto.

⁴¹ Sul punto v. ampiamente P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 175 ss. In senso non dissimile, ma in un contesto teorico assai più complesso, D. MESSINETTI, *op. cit.*, p. 404.

⁴² V. in generale P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 226 ss. Per un caso americano v. *Bi-Rite v. Bruce Miner Co.*, 11 *Med. L. Rptr.* 1891 (1985): il distributore americano di *posters* di cantanti inglesi (su licenza) agisce nei confronti di un concorrente che non dispone di tale licenza; quest'ultimo si difende, sostenendo fra l'altro, che le foto utilizzate sono state scattate con il consenso degli interessati per fini pubblicitari e senza porre limiti alla loro utilizzabilità. I diritti quindi sono stati trasferiti ai fotografi e quali li hanno lecitamente licenziati. La corte risponde applicando il diritto americano: «le conseguenze giuridiche che discendono automaticamente nel diritto inglese dal posare per una fotografia non possono essere interpretate come un vincolo contrattuale che incide sul *right of publicity*

Ciò che pare accomunare le varie ipotesi è che oggetto del negozio non è il diritto all'immagine del titolare, bensì – e non sempre e non solo – questa o quella immagine, ripresa in un certo momento storico ed in un certo contesto⁴³. Non si tratta quindi di negozi di cessione del diritto all'immagine, bensì, talvolta, di cessioni di singole riproduzioni e di attribuzione del diritto di utilizzarle⁴⁴. Sulla parzialità dell'oggetto della cessione rispetto all'intero costituito dal diritto primario (o, se si vuole, sulla frazionabilità di quest'ultimo) si dovrà tornare più avanti⁴⁵. Si deve qui osservare, in via di sintetica anticipazione, che i negozi di cui si è appena detto si distinguono nettamente da quello con il quale, in ipotesi, il soggetto attribuisca ad un altro soggetto (in genere una società) il diritto di utilizzare e sfruttare in via esclusiva e generale, ogni immagine del cedente⁴⁶. È qui che potrebbe porsi un profilo di liceità di una siffatta abdicazione così omnicomprensiva avente ad oggetto il vero e proprio diritto all'immagine del soggetto, obbligandolo – in ipotesi – a non consentire a terzi l'utilizzazione di nuove immagini⁴⁷ e di prestare il proprio consenso e la propria disponibilità per la loro realizzazione.

come riconosciuto negli Stati Uniti».

⁴³ Per questo non pare condivisibile l'opinione (G. BAVETTA, *Immagine (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 148) secondo cui data la natura personalissima del diritto «ogni atto di disposizione è compiuto *intuitu personae*».

⁴⁴ Problema ulteriore è quello della esecuzione forzata sui diritti concernenti attributi della personalità. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 173, nt. 24 esclude «nel modo più assoluto che possa addivenirsi ad una espropriazione forzata del diritto sul proprio ritratto»; e tuttavia nel prosieguo della nota prospetta una soluzione assai meno «assoluta», mutuata dall'art. 111 l.d.a.: non si può procedere ad esecuzione forzata fintantoché i diritti spettano *personalmente* al titolare.

⁴⁵ Nella ricostruzione di D. MESSINETTI, *op. cit.*, p. 404 vi sarebbe solo un atto dispositivo unilaterale avente ad oggetto non il «bene conseguibile attraverso l'attività del terzo, ma da un *quid* preliminare e necessario rispetto a tale momento, ossia quella specifica situazione che funge da presupposto di legittimazione allo svolgimento di quella attività». L'eventuale contratto sarebbe dunque solo un momento convenzionale successivo attinente agli aspetti di concreta esecuzione. La prospettata dicotomia fra atto dispositivo e contratto resta tuttavia da verificare nella pratica.

⁴⁶ A. DE VITA, *op. cit.*, p. 566. Vi sono poi ipotesi intermedie; si v. il caso americano *Baltimore Orioles v. Major League Baseball Players*, 13 *Med. L. Rptr.* 1625 (1986): l'associazione di giocatori di baseball sosteneva che le registrazioni televisive delle partite ed il loro sfruttamento commerciale ledevano il *right of publicity* degli associati. Secondo la Corte le registrazioni costituivano un'opera ai sensi del diritto d'autore la cui titolarità, in assenza di diversa previsione contrattuale, spettava alle squadre datrici di lavoro dei giocatori, i quali pertanto avevano ceduto il proprio *right of publicity* relativo a tutte le partite disputate.

⁴⁷ Dubita dell'ammissibilità – o, quantomeno, della opponibilità a terzi – del negozio autorizzativo di questo genere M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 442.

Secondo la dottrina tradizionale un siffatto negozio potrebbe essere considerato illecito perché in contrasto con il principio della non alienabilità e non trasmissibilità dei diritti della personalità⁴⁸. Ed anche se tale situazione potrebbe sembrare appagante in quanto volta a scongiurare una sorta di «schiavitù della personalità», sorge il dubbio circa il fondamento giuridico (e non solo morale) di un divieto con effetti invalidanti così drastici per l'autonomia privata⁴⁹. La prassi negoziale costituisce dunque un banco di prova della saldezza teorica di taluni principi per lungo tempo considerati assiomatici, ma di cui ora è necessario approfondire e verificare la costruzione.

Sempre continuando ad esaminare le intersezioni fra oggetto del negozio e sua invalidazione per contrarietà a norme imperative, ulteriori considerazioni potrebbero trarsi dalle vicende – tutt'altro che marginali socialmente ed economicamente – dei c.d. film «a luci rosse» nelle quali si assiste ad una vistosa discrasia fra «morale comune», norme penali, regolamenti amministrativi e disciplina contrattuale.

Verrebbe spontaneo ritenere che le prestazioni rese dagli «artisti» nella realizzazione di tali film o videocassette e nei conseguenti usi della loro immagine siano radicalmente invalide per un insanabile contrasto con il principio di buon costume: se è illecito il contratto di meretricio a maggior ragione lo sarà il «contratto di orgia»⁵⁰. Ma mentre per il primo le costruzioni dogmatiche andavano inevitabilmente ad infrangersi sugli scogli del brocardo *in pari causa turpitudinis*, con scarsi esiti pratici trattandosi di prestazioni o non eseguite (e quindi né esigibili né risarcibili) oppure già eseguite *uno acto* (e quindi non ripetibili e soggette a *soluti retentio*)⁵¹, per quello il cui risultato sia una opera filmica, la prestazione è finalizzata alla realizzazione di un prodotto che viene poi commercializzato. Tale diffusione – purché avvenga con talune accortezze, evitando che possa, almeno formalmente, essere captata dai minorenni, non è vietata nel nostro ordinamento né dalle leggi penali né da quelle amministrative. Dunque ci si ritrova di fronte ad un negozio apparentemente illecito per le prestazioni in esso dedotte ma l'*opus*

⁴⁸ E anche da quella meno tradizionale: v. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 228 nt. 6, ma in via dubitativa.

⁴⁹ Cfr. le perplessità di P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 168 s.: «bisogna andare assai cauti nel negare al titolare quello che normalmente è l'affermazione integrale del suo diritto, cioè la facoltà di disposizione di esso».

⁵⁰ Sul punto v. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 133 che ritiene sempre revocabile il consenso in tali negozi (ma se essi sono nulli sembra trattarsi di una facoltà pleonastica). V. inoltre C. SCOGNAMIGLIO, in nota a Trib. Roma 7 ottobre 1988, in questa *Rivista*, 1989, p. 178.

⁵¹ Per una ampia disamina delle antinomie contenute nella regola di cui all'art. 2035 cod. civ. v. G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 286 ss.

che ne scaturisce può essere validamente trasmesso e può costituire a sua volta oggetto di validi negozi⁵². Si ipotizzi poi – circostanza non infrequente – che taluno dei protagonisti di tali film, assunto a notorietà, percepisca, oltre ad un *cachet una tantum*, anche dei diritti d'autore sulle vendite del prodotto, che poi spetterebbero, in caso di decesso, ai suoi eredi; ce n'è per scompaginare formalmente impeccabili costruzioni teoriche. Non si vuole – né se ne avrebbero le capacità – trasporre le lucide ed ironiche osservazioni di Filippo Vassalli intorno alla «dogmatica ludicra» dello «*ius in corpus*»⁵³: eppure occorre cercare di inquadrare correttamente usi dell'immagine e della personalità che appaiono, ai più, abietti e pur tuttavia produttivi di effetti giuridici. L'autonomia privata ed il principio del consenso sembrerebbero qui assumere una espansione notevolissima travolgendo la tradizionale indisponibilità della dignità umana⁵⁴.

b) *Nome*⁵⁵: il negozio mira a consentire ad un altro soggetto di utilizzare il nome del titolare. Ciò può avvenire o attraverso un semplice abbinamento

⁵² Sul punto, ma in maniera problematica, G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, cit., p. 120 ss.

⁵³ F. VASSALLI, *Del ius in corpus, del debitum coniugale e della servitù d'amore, ovvero sia La dogmatica ludicra*, Roma, 1944. Per altri esempi di «dogmatica ludicra»: v. A. CANDIAN, *Atto autorizzato, atto materiale lecito, atto tollerato. Contributo alla teoria dell'atto giuridico*, in *Scritti Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 453 ss.

⁵⁴ Un punto di frequente emersione è quello dell'utilizzo di «sospia» di personaggi famosi: il «sospia» ha un diritto di utilizzare la propria immagine, ma poiché questa è simile a quella della celebrità ogni uso confusorio (e cioè praticamente tutti quelli di maggiore rilievo economico) gli sono inibiti. V.G. PONZANELLI, *La povertà dei «sospia» e la ricchezza delle «celebrità»: il right of publicity nell'esperienza italiana*, in questa *Rivista*, 1988, 126; in giurisprudenza Pret. Roma 6 luglio 1987, in questa *Rivista*, 1987, 1039 (con nota di P. TESTA, *Diritto all'immagine e utilizzazione pubblicitaria del sospia*) (sospia di Monica Vitti) (e la sentenza di merito Trib. Milano 26 ottobre 1992), in questa *Rivista* 1993, con nota di C. MARTORANA. Nella giurisprudenza americana v. il caso *Allen v. Men's World Outlet*, 15 *Med. L. Rptr.* 1001 (1988) sospia di Woody Allen); e in precedenza, per lo stesso personaggio, *Allen v. National Video*, 610 *F. Supp.* 612 (1985). Assai simile alla problematica del «sospia» dove vi è una confusione di immagine, è quella della imitazione della voce di un personaggio famoso. Nella giurisprudenza americana v. *Midler v. Ford Motors Co.*, 15 *Med. L. Rptr.* 1620 (1988) (imitazione della voce della cantante Bette Midler in uno spot della Ford) («la voce è altrettanto distintiva e personale di un volto») (confermato in appello: 19 *Med. L. Rptr.* 2190 (1991)). Per la applicabilità della casistica americana in un contesto di *civil law* v. S.H. ABRAMOVITCH, *Publicity exploitation of celebrities: protection of a Star's style in Quebec civil law*, in 32 *C. de D.* 301 (1991) in part. p. 328 ss.

⁵⁵ Non pare inutile ricordare come fino a tutto l'800 e agli inizi di questo secolo fosse ampiamente diffusa e accettata la concezione che il soggetto avesse sul proprio nome un diritto di proprietà: in questa prospettiva la determinazione dell'oggetto del negozio attributivo sarebbe oltremodo semplificata: sul punto v. ampiamente N. STOLFI, *I segni di distinzione personali*, Napoli, 1905, p. 110 ss.

del nome ad un prodotto, un servizio, un'attività, un avvenimento, una iniziativa; oppure attraverso l'attribuzione ad un nome del valore di marchio⁵⁶. Le due ipotesi sono strettamente collegate fra di loro, stante la rilevanza dei c.d. marchi di fatto. Ma la loro estensione è condizionata dall'applicazione che si dia dell'art. 21 l.m. il quale consente che il nome – al pari dell'immagine – possa essere utilizzato come marchio, anche in mancanza di consenso del titolare. Possibilità quest'ultima ora notevolmente ristretta dalla novellazione dell'articolo in questione, la quale ha introdotto l'esclusiva sui nomi «notori».

Tuttavia più che esaminare gli aspetti patologici conviene considerare le situazioni più comuni: viene da chiedersi se l'oggetto del negozio sia l'attributo della personalità, ovvero la licenza al suo uso⁵⁷. Qui, a differenza che per l'immagine, non vi sono fenomeni di reificazione che consentono di individuare l'oggetto del negozio in questo o quell'oggetto materiale. Il nome è sempre immateriale e potrebbe anche non estrinsecarsi in un segno visivo, perché se ne può fare un uso esclusivamente verbale, uditivo.

Inoltre, per continuare nel parallelo, il nome si distingue dall'immagine anche per il suo connotato di ordine pubblico che impedisce che altri possano appropriarsene in via definitiva presentandosi con l'identità di un altro. Sono queste le ragioni per le quali sembra più corrispondente alla realtà individuare l'oggetto del negozio nella concessione di un uso, piuttosto che nell'attributo della personalità.

Non sembra convincente la prospettazione, come oggetto del negozio, della notorietà che si collega al nome. In primo luogo perché non sempre tale notorietà sussiste ed è piuttosto la sua pubblicizzazione a crearla o ampliarla; in secondo luogo perché la notorietà non si connette solo al nome, ma anche all'immagine e altri segni; in terzo luogo perché la notorietà appare termine generico e polisenso riconducibile all'intera personalità, piuttosto che a questo o quell'attributo; comunque sembra indicare una qualità (come la preziosità, la purezza o la utilità rispetto ad un bene) piuttosto che una entità giuridicamente configurata⁵⁸.

⁵⁶ I rapporti fra art. 7 cod. civ. e artt. 14 e 21 l.m. sono fra i più studiati e danno luogo – per le aporie determinate dalla non coordinata formulazione – a risultati fra i più discordanti: fra i tanti v. in part. E. CAPIZZANO, *La tutela del diritto al nome civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, I, 249 (in part. p. 297 ss.); F. MACIOCE, *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Padova, 1984, p. 97 ss.; M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 184 ss.

⁵⁷ In tale secondo senso v. M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 283.

⁵⁸ Nega l'esistenza di «un diritto personale con ad oggetto la propria notorietà» Pret. Roma 18 febbraio 1986, in questa *Rivista*, 1986, 549; principio ribadito in Pret. Roma 15 novembre 1986, in questa *Rivista*, 1987, 249.

c) *Riservatezza*: sempre più spesso vicende normalmente private sono fatte oggetto di attività negoziali: i titolari delle vicende consentono ad un terzo di divulgarle, spesso in esclusiva, sia attraverso resoconti ma soprattutto con immagini statiche o mobili. Il «memoriale» del protagonista di qualche fatto clamoroso, la vita quotidiana e casalinga di un divo e della sua famiglia, una nascita eccezionale sono alcuni degli esempi più ricorrenti. Altre volte si rende «privato» un evento che altrimenti sarebbe normalmente pubblico (un matrimonio, un funerale) per poi consentire che un solo soggetto possa riferirne con le parole o con le immagini. Si assiste cioè ad una vera e propria «spettacolarizzazione» di vicende private come se fossero un evento sportivo o una rappresentazione artistica.

L'oggetto di tali negozi può essere variamente individuato: nel caso delle «memorie» e dell'autobiografia sembrerebbe più confacente l'inquadramento come cessione di diritti d'autore su un'opera dell'ingegno, in via definitiva o in via limitata. Altre volte, come nel caso di autorizzazione alla pubblicazione di fotografie recenti o remote, sembrano richiamabili le considerazioni già svolte in relazione all'immagine. Il più delle volte, tuttavia, l'oggetto sembra di difficile individuazione. Indubbiamente attraverso tali negozi il soggetto compie un atto abdicativo della sua riservatezza, sia perché consente che un terzo abbia accesso a vicende e/o luoghi privati, sia, soprattutto, perché il negozio è finalizzato alla divulgazione, ed anzi potrebbe configurarsi un inadempimento nel caso in cui tale divulgazione – che il soggetto evidentemente ricerca – non avvenisse. Tuttavia sorgono perplessità qualora si volesse definire la riservatezza come l'oggetto del negozio, così come (per fare un esempio tratto da tutt'altro settore) si sarebbe perplessi a individuare nel fondo l'oggetto di un negozio autorizzativo dell'accesso ad esso.

d) *Reputazione e identità personale*: con riferimento agli attributi di cui si è ora parlato lo schema ricorrente del negozio è simile: un soggetto più o meno notorio consente ad un terzo – gratuitamente o dietro corrispettivo – di trarre utilità da tali attributi. La situazione può ripetersi con riguardo alla reputazione e all'identità personale, tuttavia essa, come si dirà, può anche rovesciarsi. Soffermandoci, per il momento, sulla prima ipotesi è facile intuire che quando il negozio riguarda direttamente l'utilizzazione del nome o dell'immagine di una persona notoria il profilo della «buona reputazione» è spesso tutt'altro che marginale: si pensi solo all'abbinamento pubblicitario o promozionale fra un personaggio e un prodotto o un'iniziativa in cui la forza persuasiva del messaggio è intrinsecamente collegata alla fama che il primo ha fra il pubblico. E non è un caso che gli articolati contratti che disciplinano simili rapporti solitamente contengono una clausola

risolutiva nel caso in cui il personaggio si renda responsabile di atti che ne danneggiano l'immagine pubblica, come nel caso di un atleta squalificato per l'uso di sostanze vietate.

E nell'ipotesi dell'autorizzazione alla divulgazione di vicende private il negozio involge non solo la riservatezza del soggetto ma anche la sua identità personale, la quale viene disegnata attraverso la narrazione di fatti fino ad allora ignoti.

Nei due esempi che si sono fatti la reputazione e l'identità personale paiono assumere una diversa rilevanza negoziale: nel primo la «buona fama» costituisce un presupposto, espresso o inespresso, del contratto; nel secondo l'identità personale è piuttosto un risultato di fatto del negozio, che un suo contenuto giuridico.

Ed un profilo simile emerge in tutti quei negozi in cui il titolare – notorio o che spera di diventarlo – dà incarico ad un terzo di migliorare la conoscenza che il pubblico ha di lui e quindi di aumentarne la fama: si pensi l'incarico dato ad un agente o ad un'agenzia di «relazioni pubbliche».

Nello schema della prestazione professionale o dell'appalto di servizi che si riterrà di applicare, la prestazione dedotta consisterà in un *facere* finalizzato ad una valorizzazione degli attributi della personalità, sicché il conseguimento di un tale risultato è rilevante ai fini dell'individuazione dell'oggetto del negozio.

In altri termini, una volta che si sia riconosciuto valore patrimoniale alla reputazione e alla proiezione pubblica del soggetto occorre inquadrare i negozi che mirano ad incrementare tale valore⁵⁹. Il parallelo con la comunicazione pubblicitaria è evidente ma nei contratti ad essa relativi l'oggetto consiste nella promozione di un prodotto o di un servizio. Qui invece è la persona umana che viene pubblicizzata, utilizzando tutte le tecniche ben note agli esperti di *advertising*: si assiste ad una reificazione della personalità trattata alla stregua di un qualsiasi altro bene di consumo e manipolata per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Se si possono nutrire dubbi che essa sia l'oggetto del negozio, è però indiscutibile che essa rientri nell'oggetto della prestazione dedotta.

e) *Determinatezza/determinabilità dell'oggetto*. Quanto si è finora detto con riguardo ai singoli attributi della personalità evidenzia una – prevedibile – non omogeneità dei negozi che la riguardano, rientranti in schemi diversi;

⁵⁹ Diverso è il problema posto da P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 170, con riferimento ad atti *inter vivos*, secondo cui «ripugna al buon senso, oltre che ai principi generali dell'ordinamento» che «alcuno possa cedere ad altri il diritto a difendere il proprio onore contro le ingiurie dei terzi».

e a seconda dello schema – o se si preferisce del tipo – negoziale l’oggetto verrà a definirsi in modi diversi⁶⁰. Ne consegue una variegata applicabilità del principio di determinatezza o determinabilità dell’oggetto del contratto (e del negozio) fissato dall’art. 1346 cod. civ.⁶¹.

Si è già accennato che il pur ricco e vivace dibattito dottrinale sul punto ha avuto scarsi riflessi sulla giurisprudenza pratica, la quale in buona sostanza fa un’applicazione rigorosa e letterale della norma solo con riferimento ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento di beni immobili, mentre con riferimento a beni mobili o a prestazioni ne dà una interpretazione estensiva e, sostanzialmente equitativa volta, con una traslazione della norma, a sanzionare comportamenti negoziali di una parte ritenuti riprovevoli.

Sulla scorta della giurisprudenza esistente in tema di revocabilità del consenso prestato per l’uso di attributi della personalità (che si analizzerà oltre) sembra che sarà quest’ultima la interpretazione dell’art. 1346 cod. civ. che prevarrà, tenuto conto sia della consolidata tendenza restrittiva nel giudicare la portata dei negozi riguardanti attributi della personalità, sia del non sempre preciso e precisabile oggetto di tali negozi.

Non vanno tuttavia trascurate le potenzialità contenute nelle disposizioni in tema di interpretazione del contratto, in particolare del principio di buona fede e delle regole c.d. oggettive⁶². Ciò si dice perché sembra opportuno distinguere il caso del negozio in cui un soggetto, *una tantum*, consente ad un terzo l’utilizzazione di un proprio attributo, da quello in cui il titolare sia un soggetto il quale abitualmente e professionalmente (un attore, una modella, un cantante, una presentatrice) sfrutta e consente a terzi di sfruttare i propri attributi. Qui non pare debba trovare spazio un *favor* per il titolare dell’attributo, considerata anche la corrispettività del negozio, ma dovrebbero valere unicamente – qualora se ne presentino i requisiti – gli ordinari rimedi invalidanti il consenso, quelli rescissori o risolutori.

⁶⁰ V. M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 460. Peraltro gli aspetti che si vorrebbero assoggettare a privativa non si limitano a quelli dianzi esaminati: si v. ad es. il caso americano *Carson v. Heré's Johnny*, 6 *Med. L. Rptr.* 2112 (1980) e 9 *Med. L. Rptr.* 1153 (1983) dove un popolare annunciatore cercava (in prima istanza vanamente, in appello con successo) di vedere riconosciuta una sua esclusiva sulla frase da lui abitualmente utilizzata (un equivalente dell’«Allegria!» del nostro Mike Bongiorno) da parte del produttore di WC portatili. Peraltro la frase era stata utilizzata in precedenza, su licenza del Carson, come marchio di fatto per altri prodotti. In primo grado si era negato, *inter alia*, che la frase fosse un marchio forte. V. inoltre le opposte decisioni *Marx Productions v. Day and Night Company*, 7 *Med. L. Rptr.* 2030 (1981) e 8 *Med. L. Rptr.* 2201 (1982) (proteggibilità dello «stile» dei fratelli Marx).

⁶¹ Sul punto v. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 138.

⁶² V. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 139 ss.

6. *La causa*

Dalla ormai secolare nozione di causa e dell'ancor vivace dibattito sul suo ruolo nella teoria del negozio emergono due concezioni che entrambe svolgono (o possono svolgere) una influenza determinante per la corretta individuazione e sistemazione delle attività negoziali dei privati concernenti attributi della personalità. Infatti la loro analisi alla luce della giustificazione dello scambio (prima teoria) oppure della funzione economica (seconda teoria) mette in evidenza peculiarità che connotano la categoria.

La necessità di «giustificare» il negozio si pone soprattutto con riferimento a tutti quegli atti unilaterali (rinunce, autorizzazioni, ecc.) con i quali viene attribuita dal titolare ad un terzo la facoltà di trarre utilità dai propri attributi della personalità⁶³. È appena il caso di ricordare quegli studi magistrali che – anche in un'ottica comparatistica – hanno evidenziato quanto sia labile il confine fra contratto di scambio – che si giustifica da sé – e atti di altro genere nei quali scambio non c'è o non appare e necessitano quindi un «*vestmentum*» formale. E nel contempo ricorrendosi alla conclusione – anch'essa autorevolmente raggiunta – che lo schema della donazione non è «*bon à tout faire*», per un verso per la sua rigidità formale, per altro verso dalla concreta esistenza nella realtà sociale di molteplici atti giuridici che producono un effetto traslativo senza scambio, pur senza ricorrere al tipo della donazione. E, infine, che la categoria delle c.d. donazioni indirette appare essere un *mare magnum* che da eccezione finisce per inghiottire la regola⁶⁴.

Gioverà dunque segnalare che spesso nell'atto unilaterale del titolare vi è un evidente interesse, anche non patrimoniale (art. 1174 cod. civ.), a che dei propri attributi venga fatto un uso, pur senza chiedere od ottenere dal terzo un corrispettivo, in quanto il vantaggio risiede nell'accresciuta notorietà del soggetto: si pensi al divo che autorizza un editore a stampare un suo «poster» da distribuire assieme ad un periodico; oppure l'abbinamento del proprio nome ad una iniziativa di beneficenza la quale fornisce al titolare un «ritorno» di simpatia e consenso. Di qui un duplice dubbio: se il comportamento dell'altro soggetto costituisca un'obbligazione che

⁶³ Sostiene la variabilità della causa nel negozio di rinuncia S. PIRAS, *La rinuncia*, cit., p. 124 ss.

⁶⁴ Per i numerosi contrasti sul punto è sufficiente esaminare le più accreditate esposizioni trattatistiche: v. A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu, Messineo*, Milano, 1956, p. 15 ss.; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1961, p. 897 ss.; A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Comm. Schlesinger*, sub art. 809 cod. civ., Milano, 1991, p. 549 ss.

deve essere adempiuta per soddisfare l'interesse del titolare, al quale sono offerti, nei casi patologici, gli ordinari rimedi contro l'inadempimento; e se, comunque, anche a non voler qualificare tale comportamento come doveroso, l'interesse che il titolare si attende di conseguire dal suo atto di disposizione sia, o no, una causa giustificatrice del negozio.

Si potrebbe peraltro prospettare un'ulteriore ricostruzione teorica degli esempi testé fatti, quello di un atto di liberalità cui è annesso un *modus* tendente a soddisfare l'interesse del titolare. Il parallelo viene spontaneo con i casi più tradizionali di donazione di un immobile, con l'onere di apporvi una targa che ricordi l'atto di liberalità, oppure di donazione di un'autoambulanza con l'onere di indicare, sulla carrozzeria del veicolo, l'identità del donante; per ipotesi più recenti quella delle c.d. «sponsorizzazioni culturali» in cui all'onere per lo *sponsee* di evidenziare il nome dello *sponsor* si aggiunge il diritto di quest'ultimo di fregiarsi, pubblicizzandolo, del suo atto di liberalità.

Tuttavia non si possono tacere alcune perplessità: per un verso solitamente i negozi relativi agli esempi or ora citati si concludono con forma solenne e pertanto presentano i requisiti formali richiesti dall'art. 782 per qualificarli come donazione; o comunque sono strutturati in modo tale – con esplicito richiamo, all'interesse che muove e alla finalità che persegue lo sponsor – da potersi anche qualificare (è l'ipotesi della sponsorizzazione culturale) come contratti sinallagmatici; mentre nei casi di autorizzazione all'uso di attributi della personalità nella prassi vi è abitualmente una mera intesa verbale, oppure tutt'al più una succinta dichiarazione proveniente dal titolare definita comunemente «liberatoria».

La seconda obiezione tocca più la radice del negozio, dubitandosi che possa individuarsi nell'onere imposto al terzo la causa giustificatrice della liberalità: se così fosse si dovrebbe sostenere la nullità del negozio in assenza di *modus*, facendo diventare essenziale un elemento solo accidentale.

Resterebbe, a questo punto, una ulteriore possibilità di inquadramento per tutti quegli atti, frequenti e non circondati da formalità, di autorizzazione all'utilizzazione dell'attributo della personalità: lo schema dell'obbligazione naturale. Il titolare agirebbe in base a delle convenzioni sociali generalmente accettate, sottraendo il proprio atto dal campo del propriamente giuridico. Il dibattito sulla causa verrebbe in tal modo radicalmente eliminato, salvo poi chiedersi quale sia effettivamente il contenuto dell'obbligazione naturale e cioè fino a che punto essa si spinga, ricadendo sul groviglio di problemi che si sono enumerati nel paragrafo precedente. Banalizzando, l'invito di un amico a cena non consente a questo di installarsi permanentemente a casa

mia; ma l'autorizzazione a pubblicare una foto, vale *una tantum* o ha una durata e un'estensione illimitate?

Si esaminino ora i negozi concernenti attributi della personalità dal punto di vista della loro funzione economica (sociale o individuale), verificando se l'interesse da essi perseguito sia meritevole di tutela. Assumendo come metro valutativo – secondo le indicazioni della migliore dottrina – i principi costituzionali e le disposizioni cogenti contenute negli artt. 1343, 1344 e 1345 cod. civ. occorrerà esaminare il rispetto della dignità umana, imposto dall'art. 41 della Costituzione quale requisito essenziale per il riconoscimento delle attività economiche dei privati, e la non contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, nonché l'assenza di motivi illeciti.

Ciò sembrerebbe legittimare la maggior parte dei negozi concernenti attributi della personalità, i quali oltre a soddisfare leciti interessi patrimoniali o non patrimoniali dei paciscenti, sono di una indubbia rilevanza sociale in quanto essenziali in talune fasi o forme dell'attività economica (si pensi al ruolo della pubblicità nelle economie di mercato) oppure elemento costitutivo di talune iniziative imprenditoriali (si pensi agli spettacoli teatrali, cinematografici o televisivi).

E a voler riconoscere la categoria – autorevolmente propugnata – dell'«ordine pubblico economico»⁶⁵, sembra che essa possa avere rilevanza non con riguardo all'utilizzazione specifica degli attributi della personalità, bensì, a generali fenomeni nei quali vengono, fra tanti altri, utilizzati tali elementi. Il riferimento è *in primis* all'attività pubblicitaria che può, in talune ipotesi, porsi in contrasto con i principi – ormai normativizzati – di correttezza e di lealtà della medesima. È la tutela dei consumatori potrebbe, senza forzature, qualificarsi come estrinsecazione del principio dell'ordine pubblico economico. Ma – come si vede – in tali casi è il contenuto e la finalità del messaggio pubblicitario a rilevare, e non il fatto che essa utilizzi attributi della personalità.

Ancora la pubblicità può rilevare sotto il profilo del rispetto della dignità umana. Sono largamente diffuse in ambiente sociologici e fra gli esperti di comunicazione pubblicitaria analisi ove si evidenzia come la persona umana (e, soprattutto, la figura della donna), anche senza superare in alcun modo la soglia dell'osceno venga rappresentata secondo taluni stereotipi che ne sminuiscono il valore: si pensi al ricorrente ed anzi ossessivo uso del corpo femminile a mo' di richiamo sessuale per sollecitare l'acquisto o il consumo di determinati prodotti. La non conformità di siffatte manifestazioni e

⁶⁵ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 223 ss.

principi generali dell'ordinamento trova una conferma – sia pure a livello di regolamentazione privata – nel c.d. Codice di autodisciplina pubblicitaria ove si vietano e sanzionano gli usi degradanti della personalità nella comunicazione pubblicitaria.

Seguendo tale linea interpretativa si potrebbe giungere, attraverso il richiamo all'art. 1418 cod. civ., ad una declaratoria di nullità dei negozi che sono posti alla base dei messaggi pubblicitari «degradanti». A maggior ragione la soluzione si imporrebbe laddove il negozio violi il buon costume o tale contrarietà costituisca il motivo comune ad entrambe le parti.

Si ripropongono dunque le perplessità che si sono lumeggiate con riferimento all'oggetto del negozio. Per gli esempi allora fatti permane la contraddizione di negozi sicuramente contrastanti con la nozione – anche più latamente intesa – di buon costume eppure non solo largamente praticati ed estremamente profittevoli, ma soprattutto generativi di una serie di negozi consequenziali sulla cui validità occorre interrogarsi. Si prenda il caso di una videocassetta pornografica: sicuramente contraria al buon costume sono le prestazioni degli «attori», le quali poi si trasfondono in un *opus* materiale oggetto di numerosi contratti di scambio. Potremo senz'altro affermare che la causa (o il motivo comune) di questi successivi negozi è altrettanto contraria al buon costume del negozio originario? Autorevole dottrina ammonisce a non confondere il piano della contrarietà alle norme imperative con quello della contrarietà al buon costume⁶⁶; dunque la liceità (entro certi limiti) penale e amministrativa delle cessioni di pubblicazioni o film pornografici non esclude affatto la loro illiceità per contrarietà al buon costume. Anche ammettendo che questa sia la conclusione esatta non è chi non veda che, dal punto di vista effettuale, la comminatoria di nullità si rende operante solo nel caso – assai raro – in cui una parte si rivolga al giudice, mentre nella generalità dei casi essa non esplica alcun rilievo. Né sembra potersi sostenere che la mancata disponibilità del rimedio giudiziale rigetti nel campo del giuridicamente irrilevante tali negozi. Per un verso perché fintantoche non sopravvenga una sentenza dichiarativa le parti agiscono nel convincimento di adempiere a degli obblighi giuridicamente rilevanti (e non certo ad un obbligo morale), per altro verso perché l'art. 2035 cod. civ. offre una, sia pure assai sommaria, forma di tutela alle parti del negozio che abbiano già ricevuto la prestazione pattuita e non sono tenuti a ripeterla.

In conclusione sembra che il controllo sulla funzione economica del negozio concernenti attributi della personalità sia o estremamente blando,

⁶⁶ R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975, p. 517 ss.

oppure formalmente draconiano, ma sostanzialmente inconcludente.

Un ultimo punto va considerato prima di concludere la trattazione della incidenza del limite del buon costume sui negozi di cui si tratta. Fra gli esempi di scuola di nullità per contrarietà al buon costume (definiti addirittura «intuitivi») vi è quello dell'adozione di una opinione altrui per lucro⁶⁷.

Il tema – che presenta notevolissime implicazioni di natura costituzionale per la rilevanza dell'art. 21 Cost. – non può essere sviluppato in tutta la sua ampiezza. E tuttavia, già ad un sommario esame, la classificazione lascia perplessi. Nell'economia moderna non è la sola «forza lavoro» ad essere piegata alle esigenze della produzione di beni e servizi non per sé o per il proprio consumo, ma sotto la direzione altrui per rifornire altri, come avviene nella catena di montaggio dove ogni singolo gesto è pre-ordinato da terzi, per il raggiungimento di un determinato scopo produttivo. Anche le capacità intellettuali del soggetto sono volte al perseguimento dei fini dell'impresa, adottando proprio determinate opinioni che non sono necessariamente di chi le pronuncia: si pensi solo al commesso che magnifica le merci del negozio, al «piazzista» o al c.d. «informatore medico-scientifico» i quali vanno in giro a declamare le qualità del prodotto o del medicinale, al dipendente di un'impresa «di tendenza», al tecnico pubblicitario, o, infine, al protagonista di un filmato pubblicitario. In tutti questi esempi il soggetto adotta per lucro una opinione che gli è dettata (certe volte addirittura parola per parola, tono, espressione) da altri.

E ancora altri esempi potrebbero trovarsi nella realtà di limitazioni negoziali alla libertà di manifestazione del pensiero: si pensi all'atleta cui è imposto per contratto di indossare una maglia recante il nome dello *sponsor*, produttore di un bene a lui sgradito; al giornalista cui viene richiesto di presentare elogiativamente un prodotto o una iniziativa dell'editore o di impresa ad esso collegato; alle «clagues» teatrali e a quella loro versione moderna che sono gli «invitati» a spettacoli televisivi i quali, in cambio di una modesta mercede, devono applaudire a comando.

Tutti negozi contrari al buon costume e dunque nulli? Una simile conclusione lascia assai perplessi e porta a dubitare dell'esattezza del punto di partenza. L'insopprimibile fondamento morale di ogni regola di diritto non può far dimenticare che il diritto privato è volto in primo luogo a disciplinare l'attività economica dei privati e ancorché questa, da sempre, susciti non poche critiche (dal prestito di danaro, allo sfruttamento del lavoro altrui, dal commercio di armi alla produzione di alcoolici e sigarette),

⁶⁷ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, ecc.*, cit., p. 214.

laddove la si voglia, nel suo complesso indirizzare verso, o escludere da, taluni campi, sembra preferibile – ed anzi indispensabile – nell’interesse di tutti i partecipi ad una comunità un chiaro comando normativo, piuttosto che il ricorso a formule la cui inevitabile genericità rischia di condurre ai paradossi che si sono ora prospettati.

7. *I vizi del consenso*

Si è così introdotto il tema della invalidità dei negozi concernenti attributi della personalità, le cui particolarità suscitano le considerazioni che si sono già svolte in ordine all’oggetto e alla causa. Accantonate ipotesi – accademiche – di coartazione o di captazione fraudolenta della volontà del soggetto, maggiore interesse può avere la problematica dell’errore ed in particolare la ricorrenza dell’essenzialità⁶⁸.

Proprio i molteplici dubbi che si sono esposti rendono tutt’altro che irrealistico che le parti possano essere indotte in errore sulla natura o sull’oggetto del contratto (o dell’atto unilaterale: art. 1324 cod. civ.) o sull’oggetto della prestazione o una sua qualità. Si pensi a chi ceda una propria fotografia a titolo oneroso nel convincimento che se ne debba fare un uso *una tantum*, mentre l’altra parte si trova nel convincimento opposto di poterla utilizzare *ad libitum*; oppure ad un contratto di scrittura artistica per uno spettacolo completamente diverso da quello prefigurato dall’attore; o, ancora, l’adesione non retribuita di un artista ad un concerto che ritiene essere di beneficenza e che invece risulta essere a vantaggio personale degli organizzatori.

La possibilità di simili errori nella formazione del consenso cresce con riguardo ai negozi meno dettagliati nel loro contenuto: laddove sono in gioco rilevanti interessi economici i contratti, sempre scritti, assumono una notevole complessità che lascia poco margine a vizi del consenso, anche perché di solito le parti sono validamente assistite e consigliate, sicché è difficile rinvenire l’incolpevolezza nell’eventuale errore. Il preteso vizio dunque trascolorerà in una questione di interpretazione, importante certo, ma che non comporta effetti invalidanti per il negozio.

Su questo crinale in cui si incontrano errore, oggetto, patologie e elementi accidentali del contratto emerge la figura della presupposizione. In un gran numero di negozi concernenti attributi della personalità e, sicuramente, in

⁶⁸ V. A. DE VITA, *op. cit.*, p. 561.

quelli di maggior valore economico il presupposto della loro conclusione è la notorietà del soggetto o comunque alcune sue qualità. Sono queste a indurre l'altra parte a pagare un corrispettivo per sfruttare immagine, nome, vicende personali, per abbinare i propri prodotti o proprie iniziative alla figura del personaggio, a richiedere la sua presenza a manifestazioni o spettacoli. Possono presentarsi – e nella realtà si sono verificati – casi in cui tali qualità sono inesistenti: si pensi all'atleta detentore di un primato che viene poi annullato per una condotta illecita; o all'esploratore protagonista di una epica vicenda che si scopre non essere vera. Qui indubbiamente si verte in tema di errore sulle qualità essenziali del contraente, anche perché esse difettano al momento della conclusione del contratto e la loro esistenza (fittizia) è dovuta ad una attività decettiva del titolare. Ma il problema si sposta su un altro piano se tali qualità effettivamente esistenti quando il negozio fu concluso, vengano successivamente meno: il titolare di un primato sportivo lo perde perché superato da un altro atleta, l'impresa dell'esploratore viene oscurata da un'altra di assai maggior rilievo, l'idolo delle teen-agers che sponsorizza prodotti ad esse destinati confessa di aver maturato tendenze omosessuali, e via esemplificando. Si tratterà dunque di comprendere l'incidenza di tali sopravvenienze sulla vitalità del negozio e valutare se esse minano qualcuno dei suoi presupposti. La pur ricca giurisprudenza in tema di presupposizione non pare essere di grande aiuto, modellata com'è essenzialmente su fattispecie negoziali aventi ad oggetto il trasferimento di beni immobili.

Anche se non si verte in tema di eccessiva onerosità dell'obbligazione – giacché l'eventuale perdita di notorietà non incide sul costo della prestazione bensì semmai solo sulla sua remuneratività – sembra potersi prendere in prestito dall'art. 1467 cod. civ. il criterio dell'«alea normale del contratto»: le mutate circostanze non possono rilevare laddove esse potevano prevedersi con ordinaria diligenza; e *plerumque accidit* che i primati vengano superati, per dare una risposta a qualcuno degli esempi prima prospettati. Laddove esse sono prevedibili – almeno dal lato dell'utilizzatore dell'altrui notorietà – le soluzioni possono variare a seconda che la perdita della notorietà dipenda da circostanze imputabili al personaggio famoso (ed in tal caso si potrà profilare il suo inadempimento) oppure non imputabili. Qui i rimedi possono variare: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta del contratto di sponsorizzazione di un corridore automobilistico costretto al ritiro a seguito di un gravissimo incidente oppure della scrittura artistica con un famoso tenore che perde la voce per un grave male alle corde vocali. Ma resterebbe spazio anche alla presupposizione nel caso esemplificativo della

modella sfigurata, la quale certamente può fornire ancora la sua prestazione che però è priva ormai di valore per l'altro contraente avendo perso la qualità essenziale della gradevolezza dell'immagine⁶⁹.

Ancora potrebbe farsi ricorso al principio di buona fede nell'adempimento del contratto, imponendo al personaggio famoso di non indulgere in comportamenti che, compromettendone una certa immagine pubblica consolidata, danneggino gli interessi del soggetto che tale notorietà utilizza.

È facile peraltro avvedersi che il discorso ormai si è allontanato dall'esame delle patologie nel momento formativo del negozio, e si è avviato a trattare i rimedi agli squilibri che nel corso del suo svolgimento possono verificarsi in danno del sinallagma. D'altronde da un esame anche sommario della giurisprudenza in tema di vizi del consenso non è infrequente imbattersi in un uso di tali disposizioni strumentale ad esigenze (o spinte) equitative di ristabilimento di una mancata corrispettività. Ed uno sguardo alle vicende di *common law* degli *implied terms* – che tanta comunanza hanno con quella della nostra presupposizione – coglie il labile confine fra ricostruzione dell'effettiva volontà delle parti e discrezionale intervento giudiziale nella (dis)economia contrattuale. È tuttavia proprio con riguardo ai negozi che ci interessano e dal diritto inglese un caso da manuale di *unconscionability* (*Schroeder Music Publishing v. Macaulay*)⁷⁰ nel quale il giudice ha dichiarato invalido un contratto di esclusiva di un giovane musicista con un editore il quale poteva tenerlo vincolato indefinitivamente, propone all'osservatore italiano l'ipotesi dell'applicazione non tanto dei rimedi previsti per i vizi del consenso, quanto della rescissione per lesione, purché se ne ravvisino gli estremi oggettivi e soggettivi.

8. *Lo scioglimento del rapporto: inadempimento e risoluzione*

Cercare di redigere un inventario delle ipotesi di inadempimento dei negozi concernenti attributi della personalità appare una fatica tanto improba quanto, probabilmente, inutile, riservando la realtà ben maggiore fantasia e varietà di quanta mai ne possa avere il giurista. Alcune osservazioni generali appaiono tuttavia indispensabili per cercare di offrire una prima sistemazione alla problematica. Una prima distinzione può farsi sulla base dell'oggetto (ammesso che si riesca ad individuarlo!) del negozio: casi nei

⁶⁹ V. U. TIRANTY, *La cinematografia e la legge*, Milano, 1921, p. 119.

⁷⁰ 1 W.L.R. 1308 (1974).

quali il titolare sia tenuto ad un *facere* (cantare, suonare, recitare, presentare, presenziare, posare ecc.) e, all'interno di questi, i casi di prestazione continuativa e quelli di prestazione *una tantum*. E, dall'altra parte, casi nei quali il comportamento del titolare è meramente adesivo ad un'altrui condotta di sfruttamento degli attributi (come nel caso dell'immagine e del nome).

Per i primi appaiono trasponibili – con gli adeguamenti alla peculiarità delle singole fattispecie – i principi generali in tema di adempimento delle obbligazioni, ed in particolare gli artt. 1175, 1176 e 1218 cod. civ. Ci si trova infatti di fronte ad una prestazione la cui conformità all'obbligazione dedotta dovrà valutarsi secondo i tradizionali parametri della buona fede, della diligenza, della adeguatezza rapportati alla specificità del contratto⁷¹. La ormai risalente giurisprudenza in tema di prestazioni di cantanti e attori è sufficientemente indicativa dei canoni in concreto applicati nei casi di controversie; non diversamente sembrano doversi valutare forme di attività *lato sensu* artistiche quali quelle del presentatore e/o del modello. Oltre agli ovvi obblighi di puntualità e disponibilità, se ne possono facilmente immaginare altri scaturenti dalla particolarità del rapporto: seguire un certo ordine nella presentazione dello spettacolo; citare il nome di *sponsor*, benefattori, promotori o autorità; non fornire prestazioni ad operatori concorrenti; rendersi disponibile per attività promozionali dello spettacolo o dell'iniziativa. Quanto più il tipo di attività ha una sua storia – come nel caso degli attori di teatro o di cinema – tanto più si crea una specifica professionalità, con regole e tecniche, la quale si traduce in usi che danno contenuto alla prestazione e fissano diritti e obblighi accessori di ciascuna parte.

Tuttavia non sfugge all'attenzione che tutto ciò tocca in via incidentale o comunque secondaria gli attributi della personalità, i quali certamente rilevano, ma sono, per così dire, sovrastati dal *facere* del titolare. È questa una ulteriore ragione per individuare in tali casi l'oggetto del negozio nella prestazione più che nell'attributo.

Discorso diverso va fatto in quei casi in cui il comportamento del titolare è passivo, autorizzativo dello sfruttamento che il terzo fa dell'attributo⁷². Mentre con riguardo alla prima tipologia l'attenzione si incentra sull'attività svolta dal titolare, per questa occorre invece osservare quanto posto in essere

⁷¹ Per una divertente rassegna che bene illustra la continuità nei conflitti fra i diversi soggetti coinvolti v. P. ASCOLI, *Della giurisprudenza teatrale*, Firenze, 1871, p. 77 ss.

⁷² È su questa differenza che M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 429 poggia essenzialmente la distinzione fra sponsorizzazione e «personality merchandising», pur riconoscendo che «le affinità fra i due fenomeni restino vistose» basate come sono sull'impiego promozionale dell'altrui celebrità.

dal terzo per accertare se vi sia stato o meno adempimento. Infatti, poiché lo sfruttamento dell'altrui attributo consiste in una molteplicità di attività della più varia natura si tratterà di verificare se e in che misura esse corrispondano a quanto pattuito: con riferimento alle entità non materiali lo schema abituale di sfruttamento tende a conservare al titolare la disponibilità generale del bene, conferendo al terzo utilità limitate e soprattutto pre-determinate; si pensi alla licenza di brevetto, alla licenza di utilizzazione di un'opera dell'ingegno ecc.

Occorrerà distinguere i casi in cui le parti si siano limitate ad una generica pattuizione di utilizzazione, da quelli in cui vi sia un dettagliato regolamento contrattuale: problemi di interpretazione senza dubbio, ma nella prima ipotesi resi più ardui dalla mancanza di confini pacifici nella materia. Ed ancora casi in cui il titolare lamenta che l'utilizzazione è stata difforme qualitativamente da quella convenuta (il nome è riprodotto troppo piccolo, l'immagine non è gradita dall'effigiato; lo *slogan* accostato all'attributo è negativo o ridicolizzante; i titoli apposti all'intervista in esclusiva ne falsano il contenuto, ecc.), e casi in cui vi è uno sfruttamento *ultra vires* (dopo la scadenza del contratto, per un prodotto diverso da quello originario, su un mezzo diverso da quello previsto, per più volte rispetto a quelle pattuite). Nella prima ipotesi il titolare teme che gli derivi un danno, morale o patrimoniale, all'attributo; nella seconda lamenta che si è tratta una utilità ulteriore rispetto a quella consentita, talvolta anche interferendo con rapporti esistenti o costituendi con terzi.

Si può tuttavia ipotizzare un inadempimento anche da parte del titolare soprattutto laddove egli si sia impegnato in esclusiva, generale o per uno specifico settore merceologico. Più complessa è la questione – cui già si è accennato – se fra gli obblighi di correttezza cui è tenuto il personaggio famoso vi sia anche quello di evitare comportamenti che in qualche modo – ledendone la notorietà – possono incidere sulle utilità che si ripromette il terzo: si potrebbero fare dei paralleli – non si sa fino a che punto condivisibili – con gli obblighi del proprietario nei confronti del titolare di un diritto reale minore, oppure del locatore nei confronti del conduttore finalizzati da un godimento pacifico ed utile del bene. Oppure del *franchisor* nei confronti del *franchisee* a non svilire il marchio utilizzato nell'attività.

D'altra parte le conseguenze della utilizzazione economica degli attributi della personalità sembrano non poter sfuggire ad alcune regole proprie dei traffici patrimoniali: se si conferisce a taluno un diritto occorre garantire la sua corrispondenza a quanto promesso e pattuito. Salvo i casi di negozi aleatori, non pare accettabile che il titolare – *motu proprio* – interferisca con quella che è una situazione giuridica acquisita e tutelata del terzo.

E a chi prospettasse un *vulnus* alla libera esplicazione della personalità, potrebbe replicarsi che sono innumerevoli i rapporti giuridici – in primo luogo quelli di lavoro – che limitano, in maniera anche assai drastica, la facoltà del soggetto di indirizzare la propria personalità secondo le proprie aspirazioni (dall’orario di lavoro, all’obbligo di residenza, alla reperibilità, alla organizzazione delle fasi produttive, alle mansioni, alla subordinazione gerarchica, al lavoro straordinario) senza che se ne contesti l’ammissibilità.

L’antico brocardo *cuius commoda eius et incommoda* parrebbe applicabile anche a chi abbia scelto di mettere sul mercato i propri attributi, traendo benefici ma soggiacendo al contempo a taluni obblighi.

9. Segue. *La revoca del consenso*

Quanto si è appena detto consente di affrontare la problematica della revocabilità del consenso nei negozi attributivi della facoltà di sfruttamento di aspetti della personalità.

Com’è noto vi è ampia giurisprudenza⁷³ – in genere cautelare – che ammette esplicitamente che chi abbia acconsentito alla riproduzione della propria immagine possa revocare tale autorizzazione determinando la illiceità dell’attività altrui. Il fondamento di tale potestà viene rinvenuto – esplicitamente, ma più spesso implicitamente – nella particolarità dei diritti della personalità intesi quali diritti irrinunciabili e intrasmissibili.

Tuttavia il fenomeno, inquadrato in un contesto negoziale, sembra assumere tutt’altra valenza, che non conforta (almeno in parte) le conclusioni poc’anzi citate. Se è stato concluso un contratto⁷⁴ – e si è visto che non sempre

⁷³ Fra le tante v. Trib. Roma 7 ottobre 1988, in questa *Rivista*, 1989, 172 e anche la dottrina: v. A. CANDIAN, *Il diritto d'autore nel sistema giuridico*, Milano, 1953, p. 44 ss.; E. VALERIO - Z. ALGARDI, *Il diritto d'autore*, Milano, 1943, p. 254 (aggiungendo «salvo l’obbligo del risarcimento dei danni»); F. MACIOCE, *Profili ecc.*, cit., p. 58, nt. 68. A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 299 ritiene che sia sempre revocabile il consenso prestato con atto unilaterale, mentre non lo è, *ex art.* 1372 cod. civ., se prestato con un contratto. Opportunamente P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 111 ss. sottolinea che «il perché di questa presa di posizione non è sempre molto chiaro» ponendo in dubbio la tesi della revocabilità sia che si segua la sua impostazione di diritto patrimoniale su un bene immateriale, sia che si inquadri la situazione fra i diritti della personalità. V. pure U. BRECCIA, in A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - U. BRECCIA - A. DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja Branca*, sub art. 6, Bologna-Roma, 1988, p. 447, nt. 19.

⁷⁴ Vanno tenute a mente le considerazioni svolte da S. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 268 secondo cui sarebbero «di regola, sempre revocabili

si può dirlo con certezza – fra il titolare ed il terzo, occorre individuare una precisa regola che consenta lo scioglimento (o la modificazione), non concordato ma unilaterale, del rapporto, il principio generale essendo quello della irrevocabilità del consenso dopo l'altrui accettazione, e l'eccezione quella del recesso.

Certamente non rilevano le cause di risoluzione per alterazione dell'equilibrio sinallagmatico, giacché, anzi, ci si trova di fronte ad un comportamento del titolare che incide sulle legittime aspettative del terzo.

Le disposizioni in tema di diritto al nome e all'immagine contenute nel Codice Civile e negli artt. 96, 97 l.d.a. nulla dicono in proposito, a differenza di quanto espressamente previsto dal comma 2 dell'art. 11 della l. 7 novembre 1925. Si potrebbe forse invocare – qualificandola come regola inderogabile dalla autonomia privata – il comma 2 dell'art. 97 l.d.a. ogni qualvolta si lamenti un pregiudizio all'onore, alla reputazione o al decoro della persona ritrattata. E tuttavia nei casi più frequenti il consenso chiesto alla modella o all'attrice perché posi nuda è finalizzato proprio a rendere lecita una riproduzione che altrimenti non lo sarebbe. D'altro canto verrebbe violato il ragionevole affidamento del terzo – così afferma una perspicua decisione giudiziaria⁷⁵ – qualora si consentisse al soggetto di mutare opinione circa l'esposizione del proprio corpo nudo inibendo al terzo l'ulteriore riproduzione, a suo tempo autorizzata⁷⁶.

Si aggiunga che un esame anche sommario della normativa vigente, laddove consente, in situazioni analoghe, la revoca del consenso, ne fa un'ipotesi eccezionale e soggetta a precisi limiti.

Si è già citato l'art. 11 della precedente legge sul diritto d'autore (del 1925): ogni reminiscenza della norma appare inappropriata, giacché

ad nutum dal loro autore gli atti unilaterali che conferiscono ad altre persone facoltà che non hanno la consistenza di diritti soggettivi, ma sono per loro natura precarie, massime quando tali facoltà sono da esercitarsi nell'interesse di chi le ha conferite e, in questo senso, si risolvono in un ufficio». In questo senso, con riferimento all'istituto del precario e con riguardo alla concessione gratuita dell'immagine, L. FERRARA, *Diritto sulla propria immagine e proprietà artistica sul ritratto*, in *Il diritto reale di autore*, Napoli, 1940, p. 86. V. pure A. DE VITA, *op. cit.*, p. 566 s.

⁷⁵ Pret. Roma 16 dicembre 1970, in *Giur. merito*, 1974, I, 303 (con nota di G. GUGLIEMMETTI, *Fotografia di persona nota e provvedimenti d'urgenza*).

⁷⁶ In senso contrario taluna giurisprudenza ammette che possa essere revocato il consenso a seguito del mutamento dell'identità personale del soggetto: Trib. Roma 7 ottobre 1988, in questa *Rivista*, 1989, p. 172; inoltre v. Pret. Roma 10 febbraio 1988, in questa *Rivista*, 1988, 860 (ma nel senso che le immagini possono essere pubblicate se viene chiarito che esse si riferiscono ad una fase della personalità ormai superata). Anticipatoriamente critico di tale impostazione P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 134.

tale disposizione pur consentendo la revoca del consenso faceva salvo il risarcimento del danno⁷⁷. E non appare coerente con un corretto procedimento interpretativo ritenere che il legislatore del 1941 abbia tacitamente conservato il principio della revoca, ma soppresso l'obbligazione risarcitoria.

L'eccezionalità è confermata dall'art. 142 l.d.a. ove nel consentire all'autore il ritiro dell'opera del commercio, lo obbliga nel contempo a indennizzare coloro che hanno acquistato i diritti di riprodurre, diffondere, eseguire, rappresentare o cedere l'opera. Ma l'esercizio di tale diritto è subordinato ad un accertamento giudiziale dell'effettiva sussistenza delle «gravi ragioni morali», ed il mancato pagamento dell'indennità rende inefficace la revoca⁷⁸.

Ulteriori spunti possono rinvenirsi nell'art. 23 l.d.a. relativo al diritto morale d'autore: il diritto di opporsi a deformazioni, mutilazioni o altre modificazioni dell'opera viene meno qualora l'autore le abbia «conosciute e approvate». In altri termini se il consenso ha una efficacia sanante rispetto a interventi modificativi successivi lesivi di diritti della personalità, a maggior ragione dovrebbe rendere leciti e sottratti a facoltà inibitorie quegli atti, preventivamente consentiti, che incidono sulla personalità del titolare.

In questo contesto il disposto dell'art. 1372 cod. civ. appare inequivoco laddove ammette lo scioglimento del contratto (e dall'atto unilaterale) solo «per mutuo consenso», e non si vede per quale ragione dovrebbe esservi una deroga – per di più non scritta – per i negozi che consentono lo sfruttamento di attributi dell'altrui personalità⁷⁹.

Resterebbero, in talune ipotesi, alcune vie d'uscita: sulle non poche norme disseminate nel Codice (artt. 1569, 1616, 1750, 1833, 1855, 2118, 2285) si potrebbe fondare un generale diritto di recesso ogni qualvolta il rapporto si instaura per un tempo indeterminato. L'ordinamento vedrebbe di cattivo occhio situazioni obbligatorie non temporalmente fissate e

⁷⁷ V. pure le puntualizzazioni di S. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici*, cit., p. 274 secondo cui «quando si ha una convenzione, più che di revoca è a parlarsi di una facoltà di recesso, che impone l'obbligo del risarcimento del danno». «La figura della revoca invece ricorre quando si tratti di un permesso unilaterale, conferito con l'intenzione non di creare un diritto qualsiasi, ma di fare una concessione precaria, o, in altri termini, quando si tratti di tolleranza» (*ivi*, p. 275).

⁷⁸ Il parallelo con l'art. 142 l.d.a. si trova anche in P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 119 ss. il quale peraltro evidenzia la contraddizione fra l'affermazione di un diritto alla revoca e un obbligo al risarcimento dei danni: *qui iure suo utitur ecc.*

⁷⁹ Cfr. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 122; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto ecc.*, cit., p. 39; M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 436 ss.

osteggerebbe la formazione di vincoli perpetui. Il generale principio di non recedibilità unilaterale (fatti salvi i casi di cui all'art. 1373 cod. civ.) sarebbe costruito su ipotesi di contratti non di durata. Ammesso, dunque, che si possa enucleare un siffatto principio derogante all'art. 1372 cod. civ. quando l'autorizzazione all'uso dell'attributo della personalità non fissa un termine, si potrebbe sostenere che il titolare possa revocare la propria autorizzazione⁸⁰.

Ma occorrerebbe tuttavia comprendere se una siffatta soluzione sia correttamente ammissibile nell'ipotesi in cui il terzo abbia pagato un corrispettivo al titolare, giacché se così fosse il recedente potrebbe legittimamente procedere a revocare l'autorizzazione il giorno dopo aver intascato il compenso, stipulando un nuovo negozio con un terzo⁸¹. E d'altra parte la prospettata eccezione potrebbe facilmente essere aggirata attraverso l'inserzione di una clausola che fissi un termine particolarmente lungo (ad es. 99 anni), rendendo così la durata determinata⁸².

Un'altra strada per giungere al risultato di far venire meno l'autorizzazione potrebbe essere quella interpretativa: quando il consenso all'utilizzazione è stato dato senza limiti di tempo e a titolo gratuito si offrirebbe al giudice la possibilità di interpretazione il negozio «nel senso meno gravoso per l'obbligato» e quindi di porre fine alla facoltà di uso. Sorge tuttavia il dubbio sulla ammissibilità di tale operazione ermeneutica stante la funzione residuale dell'art. 1371 cod. civ. e la sua riferibilità a negozi rimasti «oscuri» nonostante l'applicazione degli altri criteri soggettivi e oggettivi.

⁸⁰ Sul punto v. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 165.

⁸¹ Esempi analoghi in P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 114 ss. Sui conflitti fra più titolari v. M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 440 ss.

⁸² P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 189, qualificando il contratto fra produttore cinematografico e attore come locazione-conduzione, applica ad esso l'art. 1573 cod. civ. in forza del quale la durata non può eccedere i 30 anni. La prospettazione non convince, non foss'altro perché nella prassi gli interpreti cedono senza limiti di tempo i diritti di sfruttamento della loro immagine ripresa nel corso del rapporto di scrittura artistica. Soluzione più coerente – e aderente alla realtà – sarebbe quella (sviluppando la tesi dello stesso A., secondo cui il diritto sul proprio ritratto avrebbe la consistenza di un diritto su un bene immateriale) di considerare il contratto di scrittura artistica come contenente una licenza d'uso dell'immagine senza limiti di tempo. Problema ulteriore, al quale si può solo accennare, è quello delle vicende del diritto sugli attributi da parte del titolare dopo la caduta in dominio pubblico dell'opera nella quale sono utilizzati (ad es. film): per la loro estinzione – giustificata dall'esigenza di non creare un privilegio rispetto agli ordinari diritti d'autore – v. nell'ordinamento statunitense D.E. SHIPLEY, *Publicity Never Dies, It Just Fades Away: The Right of Publicity and Federal Preemption*, 66 *Com. L. Rev.* 673 (1981) (in part. p. 724 ss.). Per un caso italiano di sovrapposizione di tutela dell'opera cinematografica (breve) e di disegni animati (lunga), nel quale emergono molti problemi simili v. Pret. Roma 11 settembre 1992, in *Dir. aut.*, 1992, 570.

10. *La morte del titolare e la trasmissibilità del diritto di utilizzazione degli attributi*

Nella disciplina di molti negozi la morte di una delle parti è sovente, pur con limiti ed oneri, causa di scioglimento del rapporto oppure lo facoltizza a scioglierlo (v. ad es. artt. 1614, 1627, 1674, 1722, 1811, 1833, 2284 cod. civ.). Con riguardo ai negozi attributivi della facoltà di utilizzare aspetti della personalità, quali conseguenze ha la morte del titolare? Occorrerà distinguere ovviamente sulla base del contenuto dei singoli negozi: quelli per i quali è prevista una prestazione di *facere* verranno necessariamente a conclusione, anche se non sono da escludere talune eccezioni come nel caso in cui il contratto sia stipulato con una agenzia la quale si sia obbligata a rendere disponibile un modello o una modella, successivamente deceduta. In questo caso l'agenzia parrebbe obbligata alla sostituzione.

Laddove invece il titolare o abbia già eseguito la prestazione (come nel caso dell'attore di un film) oppure si limiti a prestare il consenso allo sfruttamento del suo nome, della sua immagine, notorietà ecc. la continuità del rapporto anche dopo la morte parrebbe essere la regola, dovendosi solo individuare i destinatari degli eventuali crediti dovuti per il continuato sfruttamento, sul modello di quanto avviene nel campo dei diritti d'autore.

Anche qui sono necessarie alcune precisazioni: se l'attributo della personalità si è materializzato in un *opus* (come nel caso dell'opera cinematografica o della fotografia artistica) il diritto del terzo insiste su quest'ultimo, il quale costituisce una entità ben distinta dall'attributo; non diversamente avviene quando il titolare, in vita, abbia autorizzato l'utilizzazione del proprio nome o della propria immagine per un marchio d'impresa. Ma quale regime va applicato qualora manchi tale materializzazione⁸³ o comunque non siano invocabili disposizioni di leggi speciali? Si pensi ad una foto priva dei requisiti che la renda tutelabile dal diritto d'autore, oppure un uso del nome che non concretizzi un marchio.

⁸³ L'esigenza di «materializzazione» (quantomeno in un marchio) è sottolineata nell'ordinamento statunitense da T.F. SIMON, *Right of Publicity Reified: Fame as Business Asset*, in 30 *N.Y.L.S.L. Rev.* 699 (1985) (in part. p. 753). In giurisprudenza v. la decisione d'appello *Marx Productions v. Day and Night Company*, 8 *Med. L. Rptr.* 2205 (1982) (bene o servizio promosso, in vita, dal titolare). Ma in senso parzialmente difforme v. *Apple Corps Ltd. v. Leber*, 12 *Med. L. Rptr.* 2280 (1986) relativo allo spettacolo «Beatlemania» nel quale gli attori apparivano/vestivano come i Beatles: i convenuti vengono condannati al pagamento di oltre 7 milioni di dollari di risarcimento danni calcolati sulla base del valore di mercato di una autorizzazione da parte dei Beatles. Per l'Italia v. la ricostruzione di G. SANTINI, *op. cit.*, p. 104 ss.

L'interesse del terzo parrebbe essere quello di mantenere nel proprio patrimonio la facoltà di utilizzazione; d'altronde se il suo diritto venisse a cessare con la morte del titolare, occorrerebbe comprendere se esso si trasferisce agli eredi oppure diventi una *res nullius*, appropriabile da chiunque⁸⁴. In altri termini l'ipotesi della mancata continuità del rapporto costringe a dare una risposta adeguata a questioni di estrema complessità, individuando il nuovo titolare, posto che vi sia⁸⁵.

Questioni peraltro non eludibili sol che si consideri la loro importanza teorica e pratica, già messa in luce nel dibattito verificatosi negli Stati Uniti intorno al «right of publicity» e alla sua «descendibility»⁸⁶. In sintesi, posto che gli attributi della personalità hanno una rilevanza patrimoniale (o – se si vuole – sono suscettibili di utilizzazioni patrimonialmente rilevanti) si tratta di comprendere se e in che misura il decesso del titolare dia luogo ad una vicenda successoria. Si possono prospettare – anche se in maniera per nulla esaustiva – varie ipotesi e un numero ancora maggiore di ricostruzioni:

a) il titolare in vita non ha tratto utilità (o tutte le utilità) dai propri attributi, ma dopo la sua morte vorrebbero farlo i suoi eredi:

i. i diritti (o il diritto) della personalità si estinguono con la morte del

⁸⁴ In quest'ultimo senso, nella giurisprudenza americana, ma solo per breve tempo, v. *Memphis Development v. Factors*, 5 *Med. L. Rptr.* 2523 (1980). Ma v. nettamente contro *King Center v. American Heritage Products*, 8 *Med. L. Rptr.* 2383 (1982) con esplicite ragioni di *policy*: il valore creato in vita verrebbe distrutto con la morte, e verrebbero fortemente lesi i diritti di sfruttamento concessi in vita. La tesi veniva sostenuta, ma con esito negativo, in *Tennessee ex rel. Presley v. Crowell*, 14 *Med. L. Rptr.* 1043 (1987) la quale espressamente *overrules Memphis Development cit. supra*. In dottrina evidenzia che la caduta in pubblico non favorirebbe interessi pubblici, ma solo quelli di chi fa pubblicità. la NOTE, *The Right of Publicity: Protection for Public Figures and Celebrities*, in 42 *Brook. L. Rev.* 526 (1976), p. 549.

⁸⁵ La difficoltà dei problemi ha indotto la giurisprudenza americana in *Memphis Development v. Factors*, 5 *Med. L. Rptr.* 2521 (1980) a negare *tout-court* la successibilità *mortis causa* nel diritto (ma v. la severa critica di Mansfield J. nella sua dissenting opinion in *Factors v. Pro Arts*, 7 *Med. L. Rptr.* 1621 (1980): «irrealistica rassegna di spauracchi»).

⁸⁶ Le controversie sulla successibilità nel *right of publicity* hanno dato vita, nella giurisprudenza americana, ad alcune fra le metafore più espressive della pur ricca vena di quei giudici: «in modo non dissimile dai film dell'orrore che gli diedero fama, ora Bela Lugosi si alza dalla tomba vent'anni dopo la sua morte per terrorizzare il suo ex datore di lavoro» (*Lugosi v. Universal Pictures*, 5 *Med. L. Rptr.* 2189, Mosk J. *conc.*); Bela Lugosi in vita e i suoi eredi dopo la sua morte non possono vantare più diritti di sfruttare in esclusiva il conte Dracula, di quanto «Gregory Peck o i suoi eredi potrebbero vantare diritti di esclusiva sul gen. McArthur, George C. Scott sul gen. Patton o ... Charlton Heston su Mosé» (*ibidem*, p. 2190). «I negozi di abbigliamento non ci vendono più vestiti, quanto piuttosto celebrità» (*Tennessee ex rel. Presley v. Crowell*, 14 *Med. L. Rptr.* 1046 (1987)).

soggetto⁸⁷; a taluni soggetti – congiunti e quindi non necessariamente eredi – viene accordato un diritto (quindi *iure proprio*) di agire a tutela della personalità (morale) del defunto. Laddove non vengano lesi i profili morali l'utilizzazione degli attributi della personalità non tutelati da privativa (marchio, diritto d'autore) è libera ed i congiunti o gli eredi non hanno alcun titolo per appropriarsene.

ii. I diritti (o il diritto) della personalità si estinguono con la morte del soggetto; tuttavia vanno distinti i singoli attribuiti. Laddove essi abbiano una natura immateriale (nome, riservatezza) l'estinzione è definitiva e, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge (marchio, corrispondenza epistolare), consente a chiunque di appropriarsene. Quando però si estrinsechino in un *opus* (fotografia, ritratto) questo si trasmette *iure haereditatis* ad un successore il quale è libero di trarne le utilità che ritiene.

iii. Vi è una netta distinzione fra i profili morali e quelli patrimoniali della personalità; mentre i primi si estinguono con la morte e solo taluni soggetti sono autorizzati dalla legge ad esercitare *iure proprio* facoltà di tutela della personalità, i secondi – realizzati o solo virtuali – fanno parte del patrimonio del soggetto e ne seguono le vicende successorie⁸⁸.

iv. I diritti rientrano nel patrimonio del soggetto e seguono le vicende di quest'ultimo⁸⁹; solo in casi eccezionali e tassativamente previsti si estinguono con la morte del soggetto. In mancanza di tale espressa previsione si deve ritenere che il diritto sopravviva alla morte del titolare, a meno che non

⁸⁷ F. FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, p. 78 ss.; A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁸ V. la distinzione operata da F. FERRARA, *Diritto delle persone*, cit., p. 91 ss. fra nome civile, ideale e non economico, e nome commerciale, oggetto di atti di disposizione.

⁸⁹ Essenziale è a tal fine la nozione di patrimonio che si intende accogliere: per un'autorevole e risalente dottrina v. V. POLACCO, *Delle successioni*, Roma, 1928, p. 855 il quale fa rientrare nel concetto tutte le cose e i diritti suscettibili di valutazione economica. V. inoltre, con generico riferimento ai diritti con rilevanza patrimoniale V.M. TRIMARCHI, *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 274 s. Più problematica la posizione di P. FEDELE, *Patrimonio*, in *Dir. prat. dir. priv.*, V, 1, Milano, 1939, p. 236 (in part. p. 251). E v. pure B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1956, p. 13 secondo cui l'onore ed il nome «sono entità giuridiche, che si devono inquadrare nell'ampia cerchia delle cose». Escludono che i diritti sulla propria persona facciano parte del patrimonio C. FADDA - P.E. BENZA, annot. a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, 1, Torino, 1902, p. 674. Tale affermazione è ricorrente nella più risalente trattatistica francese: v. G. BAUDRY-LACANTINIERE - A. WAHL, *Dei beni*, in *Tratt. di diritto civile*, Milano, 1931, p. 2; M. PICARD, *Le biens*, in M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, III, Parigi, 1952, p. 27 s. In maniera difforme, ma fuggacemente, in nota, C.S. ZACHARIAE, *Cours de droit civil français* (a cura di AUBRY - RAU), Bruxelles, 1850, I, p. 160.

perisca l'oggetto del diritto (ad es. il corpo umano)⁹⁰. Non essendovi nel nostro ordinamento una disposizione che preveda l'estinzione dei diritti della personalità con la morte del titolare, essi si trasmettono agli eredi⁹¹.

b) Il titolare in vita ha tratto utilità (almeno in parte) dai propri attributi; gli eredi vorrebbero continuare a farlo – estendendone lo sfruttamento – dopo la sua morte⁹².

i. I diritti (o il diritto) della personalità si estinguono con la morte del titolare; viene dunque meno ogni diritto conferito in vita dal titolare⁹³ e

⁹⁰ Ma con riferimento all'ipotesi di alienazione del cadavere (oggi parleremmo di «donazione di organi») F. CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà immateriale*, cit., p. 80 parla di «successione costitutiva».

⁹¹ In tal senso v. L. FERRARA, *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo Codice Civile e nella nuova legge sul diritto d'autore*, Roma, 1942, pp. 185 s. e 227 ss. (non senza, però, ambigue sovrapposizioni fra legge vigente e legge abrogata, giurisprudenza straniera e petizioni di principio). Nella giurisprudenza americana v. la *dissenting opinion* di Bird C.J. in *Lugosi v. Universal Pictures* (5 *Med. L. Rptr.* 2191) (1979); *King Center v. American Heritage Products*, 8 *Med. L. Rptr.* 2377 (1982).

⁹² L'ipotesi si concretizza nell'esperienza statunitense dove il requisito della «*commercial exploitation*» durante la vita dell'autore è stato ritenuto essenziale per la successione nel diritto: per una analisi critica v. la NOTE, *An Assessment of the Commercial Exploitation Requirement as a Limit on the Right of Publicity*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1703 (1983); e il COMMENT, *An Assessment of the Copyright Model in Right of Publicity Cases*, 70 *Calif. L. Rev.* 786 (1982) (in part. p. 808 ss.). Nella giurisprudenza v. *Lugosi v. Universal Pictures*, 5 *Med. L. Rptr.* 2185 (1979) (eredi del famoso «Dracula» cinematografico, Bela Lugosi); *Factors v. Pro Arts Inc.*, 4 *Med. L. Rptr.* 1144 (1978); *Memphis Development v. Factors*, 5 *Med. L. Rptr.* 2521 (1980) (entrambi casi di azione promossa dai licenziatari della società cui Elvis Presley aveva, in vita, attribuito i diritti esclusivi di sfruttamento del proprio nome e della propria immagine); *Marx Productions v. Day and Night Company*, 7 *Med. L. Rptr.* 2030 (1981) (titolari diritti di sfruttamento immagine e «stile» fratelli Marx contro *pièce* che li imita); *Commerce Union Bank v. Coors*, 7 *Med. L. Rptr.* 2204 (1981) (immagine di un noto cantante folk deceduto utilizzata in una pubblicità di birra); *Acme Circus v. Kuperstock*, 9 *Med. L. Rptr.* 2138 (1983) (nome di un domatore concesso in uso da lui in vita ed il cui sfruttamento era stato continuato dalla vedova).

⁹³ Le conseguenze di tale conclusione sono evidenti nel caso americano *Lancaster v. Factors*, 9 *Med. L. Rptr.* 1109 (1982): il sub-licenziatario del diritto di riprodurre l'immagine di Elvis Presley su cartoline agisce nei confronti del licenziatario chiedendo la declaratoria di scioglimento del contratto e la restituzione delle somme versate dalla morte di Elvis Presley in poi, in quanto da quella data era cessato ogni diritto di esclusiva e dunque ogni obbligo del sub-licenziatario. Il giudice, accoglie, in sede pregiudiziale, la tesi. La stessa strada viene tentata in *Acme Circus v. Kuperstock*, 9 *Med. L. Rptr.* 2138 (1983): un famoso domatore aveva concesso ad un circo la licenza di utilizzare il suo nome; la licenza era stata rinnovata anche dopo la morte del domatore, il quale in vita aveva peraltro trasferito tutti i diritti sul nome della moglie. Ad un certo punto il circo registra il nome come marchio e si rifiuta di pagare quanto pattuito sostenendo che il

gli eredi non hanno titolo per rivendicare in esclusiva lo sfruttamento di attributi che sono connessi ad un diritto estinto⁹⁴. Solo a taluni soggetti è attribuita la facoltà di agire a tutela di aspetti morali del defunto, ma tale facoltà eccezionale non fa venire meno la regola dell'estinzione dei diritti.

ii. Occorre distinguere fra diritti della personalità e atti di sfruttamento di attributi della personalità; se durante la vita del titolare egli ha compiuto atto negoziali concernenti attributi della personalità questi rimangono validi anche successivamente alla morte del titolare⁹⁵; ma una volta deceduto il titolare il diritto (o i diritti) si estingue e quindi non si possono esercitare facoltà ad esso connesse. Pertanto gli eredi potranno succedere nei negozi già stipulati, ma non porne in essere di nuovi.

iii. Gli attributi della personalità hanno un loro valore patrimoniale che si trasferisce assieme al resto dei beni agli eredi⁹⁶ i quali mentre subentrano nei negozi già conclusi possono porre in essere nuovi negozi aventi ad oggetto attributi del *de cuius*⁹⁷.

right of publicity era estinto con la morte del domatore e dunque il nome era liberamente appropriabile: la corte rigetta la pretesa sulla base della regola della successibilità nel *right of publicity* esercitato in vita dal titolare.

⁹⁴ In tal senso, nella giurisprudenza americana, *Memphis Development v. Factors*, 5 *Med. L. Rptr.* 2521 (1980); *Factors v. Pro Arts*, 7 *Med. L. Rptr.* 1617 (1981).

⁹⁵ L'esempio ovvio è quello del diritto del produttore del film di continuare a sfruttare (anche) l'immagine dell'attore dopo la morte di quest'ultimo: P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 187 esclude che in questi casi vi sia trasferimento di un diritto sul ritratto o la costituzione di un diritto di usufrutto; ma l'inquadramento in «un mero rapporto obbligatorio» non impedisce, come riconosce lo stesso A. al produttore i più ampi poteri di disposizione sull'opera cinematografica e dunque anche sull'immagine dell'attore (v. pure, *ibidem*, p. 212). In *Lugosi v. Universal Picture*, 5 *Med. L. Rptr.* 2185 (1979) uno degli argomenti della decisione della maggioranza era (*ivi*, p. 2189) che durante la propria vita Bela Lugosi aveva attribuito alla Universal il diritto di sfruttare la sua immagine filmica. Osserva la sentenza *King Center v. American Heritage Products*, 8 *Med. L. Rptr.* 2382 (1982) che il *right of publicity* «è trasferibile durante la vita della persona famosa, giacché senza tale facoltà il pieno sfruttamento commerciale del proprio nome e della propria immagine sarebbe praticamente impossibile... senza la trasferibilità il *right of publicity* difficilmente potrebbe essere chiamato un «diritto»». Nell'ordinamento italiano con riferimento allo sfruttamento durante la vita dell'attore afferma la liceità degli atti negoziali posti in essere dal produttore Pret. Roma 21 gennaio 1989, in questa *Rivista*, 1989, 513 (foto dell'attrice Eleonora Brigliadori cedute ad un mensile per soli uomini).

⁹⁶ «L'investimento (che le celebrità fanno nella loro notorietà) merita un riconoscimento e una protezione non inferiori a quelli attribuiti a investimenti in borsa o in beni materiali»: *Tennessee ex rel. Presley v. Crowell*, 14 *Med. L. Rptr.* 1050 (1987).

⁹⁷ Nel caso americano *Marx Productions v. Day and Night Company*, 7 *Med. L. Rptr.* 2030 (1981) si verifica un caso emblematico; la Marx Productions sostiene di essere titolare dei diritti esclusivi sul nome, l'immagine e lo stile di due dei fratelli Marx sulla base dei

La scelta per una o più delle opzioni – enumerate, si ripete, senza pretesa di completezza⁹⁸ – dipende in larga misura dalla nozione che si ha di termini quali «diritti (o diritto) della personalità», «patrimonio», «estinzione del diritto». Le inevitabili divergenze di opinione devono comunque – se non vogliono restare mera fantasia del giurista – tenere conto sia del dato legislativo che di quello giurisprudenziale.

In primo luogo vanno considerate quelle non poche disposizioni che attribuiscono a soggetti terzi la facoltà di agire giudizialmente per la tutela di aspetti della personalità altrui⁹⁹.

L'art. 8 cod. civ. prevede che l'azione inibitoria e risarcitoria possa essere promossa anche da chi «pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne di essere protette». Un diritto dunque che si protrae anche illimitatamente nel tempo, ma i cui titolari sono indeterminati: si pensi a tutti i discendenti di un personaggio famoso. Restano da chiarire, poi, queste «ragioni familiari»: vi si possono includere anche interessi patrimoniali? A prima vista la tutela sembrerebbe offerta solo contro lesioni di natura morale, ma non è difficile immaginare casi in cui queste si realizzano con contestuale locupletazione del trasgressore (per esempi di fantasia si pensi ad un «profilattico Mussolini», ad una «scuola di dattilografia Enrico Fermi», ad un complesso rock «Gustav Mahler»)¹⁰⁰. E poiché è concessa anche una azione risarcitoria, di tale arricchimento non si potrà non tenere conto nella liquidazione del *quantum*. Il che vale a dire che

seguenti titoli: atto di cessione di Groucho Marx; atto di cessione degli eredi di Chico Marx (ma, la sentenza nota, nel testamento di quest'ultimo non vi era riferimento a diritti su beni immateriali). In aggiunta alla società agiscono le vedove di Harpo e (per i diritti residui) di Chico Marx. Il profilo della rilevanza del testamento, solo brevemente affrontato dalla sentenza di primo grado, è ignorato in sede d'appello (8 *Med. L. Rptr.* 2201 (1982)) dove pure si conclude per la intrasmissibilità del diritto.

⁹⁸ Per altre ancora, inserite nel contesto statunitense, v. D.E. SHIPLEY, *Publicity Never Dies, It just Fades Away: The Right of Publicity and Federal Preemption*, 66 *Com. L. Rev.* 673 (1981) in part. p. 726 ss.; ove si nega la trasmissibilità in via ereditaria del *right of publicity*).

⁹⁹ Ma secondo A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 99 si tratterebbe di «poteri che non costituiscono la prosecuzione della tutela giuridica personale, ma il semplice riflesso, o proiezione, di quella tutela».

¹⁰⁰ Ma basterebbe citare i numerosi istituti scolastici privati, di non sempre preclara fama, intitolati a personaggi della storia recente come Giovanni XXIII, John Kennedy, ecc. Nella giurisprudenza americana v. *Southeast Bank v. Lawrence*, 11 *Med. L. Rptr.* 1216 (1984) nel quale l'esecutore testamentario di Tennessee Williams ottiene il divieto di intitolare un teatro newyorkese al drammaturgo defunto (ma v. il rigetto in appello, 12 *Med. L. Rptr.* 1430 (1985)).

la disposizione attribuisce un diritto di contenuto *anche* patrimoniale che il titolare potrebbe lecitamente cedere o, insorta controversia, transigere (salvo chiedersi se il negozio possa incidere sul diritto di altri soggetti legittimati ex art. 8 cod. civ.).

In una dimensione tutta patrimoniale – ed anzi imprenditoriale¹⁰¹ – si pone il comma 3 del novellato art. 21 l.m. il quale attribuisce in esclusiva la registrabilità dei nomi notori di persona all'avente diritto¹⁰². Aggiunge la medesima disposizione che essi possono essere registrati anche «con il consenso di questi (l'avente diritto), o dei soggetti di cui al comma 1» e cioè il coniuge e dei figli; in loro mancanza dei genitori e altri ascendenti; in loro mancanza dei parenti fino al quarto grado.

Se il modello appare quello del comma 1 dell'art. 21 la literalità del comma 3 sembrerebbe lasciare spazio all'ipotesi in cui il consenso alla registrazione del nome notorio sia stato dato prima della morte (per iscritto, nel testamento) ma non si sia proceduto alle formalità di legge. Una tale lettura convaliderebbe l'eventuale disposizione testamentaria con la quale si attribuisse ad un erede o un legatario la facoltà di registrazione, con esclusione degli altri soggetti indicati dal comma 1, il cui consenso rileverebbe unicamente nel caso di assenza di diversa volontà del defunto¹⁰³. Ulteriori indicazioni possono trarsi dal disposto dell'art. 2292 cod. civ. il quale prevede che la società (in nome collettivo) possa conservare nella ragione sociale il nome del socio defunto se «gli eredi del socio defunto vi consentono»: dunque con riguardo ad una situazione eminentemente patrimoniale la utilizzazione è affidata all'erede, che dunque può essere

¹⁰¹ Si v. nella giurisprudenza americana le motivazioni industrialistiche addotte (fra tante) nel caso *Tennessee ex rel. Presley v. Crowell*, 14 *Med. L. Rptr.* 1050 (1987) a favore della trasmissibilità *mortis causa* del *right of publicity*: l'esigenza di tutelare il principio di verità, che verrebbe frustrato se tutti potessero appropriarsi del nome del defunto; l'esigenza di evitare atti di concorrenza sleale confusoria (ed infatti sulla contraffazione di marchio si fonda la decisione di poco successiva *Elvis Presley Enterprises v. Elvisly Yours*, 14 *Med. L. Rptr.* 1053 (1987)).

¹⁰² Sulla protezione di attributi registrati come marchi negli Stati Uniti v. T.F. SIMON, *Right of Publicity Reified: Fame as Business Asset*, in 30 *N.Y.L.S.L. Rev.* 699 (1985) (in part. p. 733 ss.).

¹⁰³ V. sul punto C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto ecc.*, cit., p. 37. Nella giurisprudenza americana v. però la decisione d'appello nel caso *Southeast Bank v. Lawrence*, 12 *Med. L. Rptr.* 1430 (1985) nella quale applicando la legge della Florida si ritiene che non qualsiasi erede possa agire per lo sfruttamento del nome del *de cuius*, ma solo il coniuge superstite o i figli (nel caso di specie si trattava del nome del drammaturgo Tennessee Williams morto senza moglie e figli e che aveva nominato esecutore testamentario una banca).

soggetto prescelto, per testamento, dal titolare del diritto¹⁰⁴.

L'art. 961 l.d.a., richiamando espressamente le disposizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 93 l.d.a. (relativo alle corrispondenze epistolari) attribuisce la titolarità del consenso per la riproduzione del ritratto dopo la morte del titolare al coniuge e ai figli o in loro mancanza ai genitori, in assenza di tutti questi soggetti, ai fratelli e alle sorelle; ed in ulteriore subordine agli ascendenti e discendenti fino al quarto grado e dispone che gli eventuali conflitti fra i titolari siano risolti dall'autorità giudiziaria¹⁰⁵. Disposizione simile¹⁰⁶ (ma non uguale, poiché non attribuisce una posizione particolare ai fratelli e alle sorelle) è contenuta nell'art. 21 l.m. relativa all'uso di immagini di persone come marchi¹⁰⁷.

Se tali disposizioni sembrano attribuire ogni facoltà di utilizzazione solo a soggetti prescelti dalla legge, esse tuttavia non possono essere valutate senza un contestuale esame sia del comma 4 dell'art. 93 l.d.a., che dell'art. 98 l.d.a.¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Sul punto v. R. COSTI, *op. cit.*, p. 247 ss. Sull'uso del nome nella ragione sociale v. inoltre M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 290 ss. e gli AA. ivi citati.

¹⁰⁵ P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 202 ss. evidenzia il contrasto fra gli artt. 10 cod. civ. e 96 l.d.a. in ordine ai legittimati alla azione dopo la morte del titolare, più restrittiva la prima norma, meno la seconda. E opta per la prima in quanto «norma posteriore nel tempo». Vi è qui un *lapsus* dell'egregio A.: se è vero che il Codice Civile è entrato in vigore il 21 aprile 1942, il primo libro di esso è stato introdotto con il r.d. 12 dicembre 1938, n. 1852, entrato in vigore il 1 luglio 1939, quindi due anni prima della l.d.a. È quest'ultima dunque, in quanto legge posteriore, a prevalere.

¹⁰⁶ Secondo M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1974, p. 501, anche vivente il ritrattato, sarebbe necessario il consenso di tutti i soggetti indicati dall'art. 21 l.m. Secondo G. BAVETTA, *Immagine (diritto alla)*, cit., p. 153, la legittimazione ad agire spetterebbe ai congiunti anche in vita dell'interessato. Le letture non convincono, anche perché creano un diritto collettivo su una situazione personale.

¹⁰⁷ P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 204 ss. evidenzia il contrasto fra disciplina generale del ritratto *post mortem* e disciplina speciale del marchio. Ma poiché assume come norma generale (v. la nt. 105) l'art. 10 cod. civ. il contrasto è assai più marcato. Prevalendo invece l'art. 96 l.d.a. esso viene assai attenuato: per i ritratti usati come marchi, nella improbabile ipotesi di sopravvivenza di ascendenti diversi dai genitori, questi prevarrebbero sui fratelli e le sorelle; e a questi ultimi vengono equiparati tutti i parenti fino al IV grado, con eventuale necessità di comporre giudizialmente i dissensi fra di loro. Ciò precisato, è da condividersi l'opinione del medesimo A. (p. 206) secondo cui la legge marchi prevale su quella generale.

¹⁰⁸ Cui si può aggiungere l'art. 24 l.d.a. nella misura in cui secondo gli interpreti più autorevoli (P. GRECO - P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1974, p. 416), attribuisce agli eredi il diritto di pubblicare le opere inedite, mentre l'art. 93 attribuisce ai prossimi congiunti solo uno *ius arcendi*. Conforme M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 447.

Il primo stabilisce che «è rispettata, *in ogni caso*, la volontà del defunto quando risulti da scritto» (il corsivo è aggiunto); il secondo stabilisce che «salvo patto contrario, il ritratto fotografico eseguito su commissione può dalla persona fotografata o *dai suoi successori o aventi causa* essere pubblicato, riprodotto o fatto riprodurre senza il consenso del fotografo» (anche qui il corsivo è aggiunto).

Ora il citato comma 4 sembra assurgere ad un principio, se non generale, certamente di larga applicazione in quanto si riferisce non solo all'immagine ma anche alle corrispondenze epistolari e attribuisce alla volontà del defunto una efficacia tipicamente successoria, senza peraltro la necessità di tutti i requisiti formali del testamento (basta uno scritto riconducibile al titolare)¹⁰⁹. E le parole che si sono messe in corsivo evidenziano che la previsione non riguarda solo le ipotesi di conflitto fra contitolari della facoltà di dare il consenso, ma anche la attribuzione della titolarità del consenso ad un soggetto ben individuato, rientri o no fra quelli previsti dalla legge¹¹⁰.

L'art. 98 l.d.a. interessa non tanto per la soluzione dell'eventuale conflitto fra fotografo e ritrattato (anche durante la vita di quest'ultimo) ma per l'espressa previsione di una vicenda successoria *inter vivos* o *mortis causa*¹¹¹; la materializzazione dell'immagine in una fotografia fa entrare quest'ultima nel patrimonio del titolare con tutte le conseguenze dal punto di vista della trasmissibilità. E la disposizione – chiaramente speciale – è derogatoria rispetto alla regola generale di cui all'art. 93, comma 2.

Il quadro d'insieme può così leggersi: il titolare può disporre per lo sfruttamento della propria immagine successivamente alla morte sia col testamento che con altro scritto¹¹²; se ciò non faccia – o faccia solo parzialmente – lo sfruttamento dell'immagine fotografica (o di quelle immagini fotografiche per le quali non abbia disposto, e con esclusione di quelle per le quali non abbia potuto disporre perché già cedute a terzi) è attribuito ai suoi successori, legittimi o legittimari¹¹³. Per l'immagine diversa

¹⁰⁹ L'attenuazione del formalismo è sottolineata già da E. PIOLA CASELLI, *Diritto di autore*, Torino, 1943, p. 346; nonché da G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, pp. 15 e 17, ove si collocano con sicurezza fra i «negozi di ultima volontà al di fuori del testamento» gli atti compiuti in forza degli artt. 24, 93 e 96 l.d.a.

¹¹⁰ Cfr. A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 324; P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 218 s.

¹¹¹ V. C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto ecc.*, cit., p. 36.

¹¹² La conclusione è raggiunta anche dagli Autori più tradizionali: v. A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 322 (con l'argomentazione che «dopo la morte, il riserbo non è più un bene dell'individuo, poiché questo più non esiste e più non è persona»).

¹¹³ Nega che in questi casi vi sia trasmissione del diritto all'immagine bensì solo facoltà di agire per «difendere il sentimento di pietà che sono ritenuti avere verso il defunto» A.

da quella fotografica – e sempre in assenza di disposizione scritta del titolare – (come ritratti, disegni, caricature, statue, pupazzi *es similia*) il diritto compete ai soggetti indicati dalla legge¹¹⁴.

Considerazioni analoghe possono svolgersi con riguardo alla riservatezza laddove essa si disveli in corrispondenze epistolari, memorie familiari e personali o «altri scritti della medesima natura», come recita il comma 1 dell'art. 93 l.d.a. Sovrana è «la volontà del defunto» anche qui manifestata senza formalità, tranne quella scritta. Nuovamente non si deve considerare isolatamente l'articolo in questione e la sua attribuzione della facoltà di prestare il consenso al coniuge e ai figli (ed in via subordinata agli altri soggetti espressamente indicati fino al quarto grado). Si tratta, infatti, come per l'immagine, di disposizione tendenzialmente residuale.

L'art. 24, comma 1 l.d.a. prevede che «il diritto di pubblicare le opere edite spetta agli eredi dell'autore o ai legatari delle opere stesse, salvo che l'autore abbia espressamente vietata la pubblicazione o l'abbia affidata ad altri»¹¹⁵. Ovviamente la sua portata per un verso è più ampia, in quanto comprende ogni opera, e non solo quelle di cui al comma 1 dell'art. 93

DE CUPIS, *op. cit.*, p. 323. In senso contrario invece M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 448.

¹¹⁴ P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 207 ss. giunge alla conclusione che gli eredi legittimi, e quelli testamentari «nessun diritto possono avere in ordine alla diffusione dei ritratti del *de cuius*» (p. 212). Essa non mi pare condivisibile nella misura in cui non valorizza né il comma 4 dell'art. 93 l.d.a., né l'art. 98 l.d.a. inquadrandoli nel complesso fenomeno delle c.d. successioni anomale (e v. infatti, *ibidem*, p. 220 dove si qualifica il fenomeno come mandato *post mortem*; nonché P. GRECO - P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 343). Diverso è il problema dei rapporti successori fra i soggetti indicati dalla legge: P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 212 ss. propende a ritenere che in caso di morte di uno di questi il diritto si trasmette (non agli eredi di questo bensì) ai soggetti previsti in via subordinata dalla legge, anche con riferimento ai negozi posti in essere dal primo soggetto. Dunque, ad esempio, se la vedova del cantante *rock* autorizza lo sfruttamento dell'immagine del defunto su dei *poster*, alla sua morte il diritto, e quindi i crediti, si trasmettono non agli eredi, bensì ai successori – posto che vi siano – previsti dall'art. 93, comma 4, l.d.a. La questione meriterebbe, da sola, una approfondita trattazione; ci si limita in questa sede ricognitiva ad un postulato: se si distingue fra profili morali e profili patrimoniali della personalità, per i primi le azioni, essenzialmente inibitorie, spetteranno ai soggetti, e solo ad essi, indicati dalla legge; per i secondi varranno invece gli ordinari criteri della successione *mortis causa*. E dunque i crediti sorgenti dall'attività negoziale della vedova – per riprendere l'esempio riportato sopra – si trasmettono ai suoi eredi, e non ai soggetti indicati dal comma 4 dell'art. 93 l.d.a. Osservazioni analoghe vengono svolte da M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 445 ss.

¹¹⁵ Eredi non solo testamentari, ma anche legittimi e dunque anche lo Stato: v. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Trattato Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1983, p. 181 s.; ID., *Delle successioni legittime*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 586, Bologna-Roma, 1985, p. 129.

l.d.a.; e peraltro verso non necessariamente ricomprende tutte queste ultime qualora siano sprovviste dei requisiti che le qualificano come opere dell'ingegno¹¹⁶.

Tuttavia quando tali requisiti siano presenti il regime giuridico è quello di un bene facente parte del patrimonio, per di più trasmissibile senza vincoli di forma (la forma scritta da cui risulti la volontà del defunto, prevista dal comma 3 dell'art. 24 l.d.a., appare riferirsi alle modalità di pubblicazione o comunque all'attribuzione della titolarità ad uno fra gli eredi, e non a terzi).

Dalla lettura del contesto normativo emergono dunque consistenti segnali della trasmissibilità della facoltà di disporre della riservatezza del titolare anche dopo la sua morte (e non si tratta certo di una situazione *derelecta*: il titolare può infatti vietare anche *post mortem* la pubblicazione), ma non si può ingigantire la portata di questa conclusione, giacché mentre durante la vita del soggetto questo può cercare di esercitare un controllo generalizzato sugli atti lesivi della propria riservatezza (e cioè su qualsiasi notizia o divulgazione di fatti, circostanze, sentimenti, pensieri intimi)¹¹⁷, dopo la morte il controllo si limita a quegli aspetti della riservatezza che siano stati dallo stesso titolari manifestati attraverso la materializzazione in uno dei testi di cui al comma 1 dell'art. 93 l.d.a., restando nella disponibilità pubblica – salvi i casi di lesione di altri attributi quali il nome, l'onore o la reputazione – le vicende del soggetto: si pensi alla biografia scritta da un figlio del personaggio celebre o da un terzo.

Tradizionalmente inquadrato fra uno dei profili di maggiore rilievo dei diritti (o del diritto) della personalità il diritto morale d'autore presenta profili di non minore interesse rispetto alle vicende della trasmissibilità. Non è superfluo evidenziare come il diritto morale d'autore contraddice il principio della natura «innata» dei diritti della personalità e della loro

¹¹⁶ L'ipotesi di cui all'art. 24 l.d.a. viene qualificata come «conferma ulteriore della trasmissibilità di un diritto *inter vivos* con effetti *post mortem*» da A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 151 ss. ove la questione trova ampia disanima. Tale opinione pare preferibile – e assai più coerente con l'impostazione dello stesso A. – a quella esposta da P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 220 secondo cui gli artt. 24 e 93 l.d.a. configurerebbero un'ipotesi di mandato *post mortem*.

¹¹⁷ Ma per le biografie romanzate v. nella giurisprudenza americana la decisione negativa in *Guglielmi v. Spelling-Goldberg*, 5 *Med. L. Rptr.* 2208 (1979) (eredi di Rodolfo Valentino contro un film che ne racconta la vita): la *concurring opinion* di Bird C.J. insiste sulla circostanza che la rappresentazione cinematografica sarebbe una forma costituzionalmente protetta di espressione. Cfr. pure *Frosch v. Grosset & Dunlop*, 6 *Med. L. Rptr.* 1272 (1980) (eredi Marilyn Monroe contro la biografia di Norman Mailer). Non è invece protetta una *pièce* teatrale sui fratelli Marx (*Marx Productions v. Day and Night Company*, 7 *Med. L. Rptr.* 2030 (1981)).

indisponibilità: il diritto sorge solo se e quando il soggetto sia autore di un'opera protetta ai sensi della legge sul diritto d'autore; ed una volta che abbia conosciute ed accettate eventuali modificazioni pregiudizievoli dell'onore e della reputazione non può più agire per impedirle (art. 22 l.d.a.) nonostante lo stesso articolo dichiara che il diritto morale sia «inalienabile».

Dopo la morte dell'autore, secondo l'art. 23 l.d.a., il diritto morale (paternità e integrità) può essere esercitato «senza limiti di tempo» dal coniuge e dai figli, in loro mancanza dai genitori e dai discendenti diretti; o in loro mancanza dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti. Un diritto dunque imprescrittibile che viene attribuito dalla legge a taluni soggetti e da questi si trasmette ai loro discendenti¹¹⁸.

Non sfugge la aporia fra la proclamata «inalienabilità» del diritto morale e la ammissibilità della rinuncia, espressa o tacita, a farlo valere¹¹⁹. Va tuttavia chiarito che mentre altre situazioni protette della personalità (nome, immagine) hanno una portata omnicomprensiva e coprono situazioni non solo esistenti ma anche future, il diritto morale d'autore non può che riguardare entità ben individuate: l'opera x, l'opera y, l'opera z, e così via. Quando si parla di trasmissibilità o intrasmissibilità del diritto morale lo si fa con riguardo ad un'opera o a più opere esistenti e ben individuate.

La segnalata contraddizione sembra doversi risolvere nella considerazione che il divieto di atti di cessione del diritto – cioè l'illiceità dei negozi di trasferimento per contrarietà a norme imperative – non implica di per sé il divieto di comportamenti abdicativi del titolare¹²⁰. Infatti a voler evitare gli effetti di tali rinunzie si sarebbero dovute introdurre disposizioni – non più di diritto privato, bensì pubblicistiche – sanzionanti l'inerzia del titolare e l'attività del terzo, sul modello di altre discipline di *res extra-commercium*, quali i beni artistici, storici e culturali.

In questo contesto, esclusa la trasmissibilità del diritto morale *inter*

¹¹⁸ Ma v. A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 616 secondo cui non vi può essere successione nel diritto morale ma solo «riflesso» o «proiezione» accordata ai congiunti superstiti per tutelarne il «sentimento morale». In maniera non dissimile P. GRECO - P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 345 secondo cui «la natura ed il contenuto dei diritti previsti all'art. 20 non sono compatibili con una vicenda a carattere successorio».

¹¹⁹ V. M. SANTILLI, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Milano, 1988, pp. 265 s., 290 ss.

¹²⁰ Ma per P. GRECO - P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 347 non vi sarebbe successione dei prossimi congiunti nel diritto di accettare determinate modifiche dell'opera e quindi di rinuncia ad agire contro di esse.

*vivos*¹²¹, non appare sostenibile la loro successibilità *mortis causa*¹²². Dunque, solo le modificazioni «conosciute ed accettate» dall'autore, in vita, saranno sottratte alle eventuali azioni dei successori *ex lege* previsti dall'art. 23 l.d.a.

L'art. 20 l.d.a. pone il divieto di atti di cessione che incidono sull'onore e sulla reputazione dell'autore dell'opera. Ma qual è la situazione con riguardo al generale diritto all'onore e alla reputazione¹²³? Alla morte del titolare – a parte i casi di espressa previsione (artt. 20, 97 l.d.a., 7 cod. civ., 21 l.m.) – che cosa avviene con tali diritti? Si estinguono oppure si trasmettono, e a chi? Se, dopo la morte del titolare, qualcuno ne lede la reputazione, c'è qualcuno, e chi, legittimato ad agire per ottenere il risarcimento del danno?

Un simile approccio extra-contrattuale non pare inappropriato. Infatti le valenze positive della reputazione (la buona fama, il prestigio, la notorietà) sono sussunte dal nome o dall'immagine. Per la loro trasmissibilità ci si rifarà a quanto già detto circa tali attributi. Si immagini tuttavia che un terzo attraverso singoli atti o una campagna di denigrazione del defunto ne leda in modo serio la reputazione così incidendo sul valore patrimoniale dell'attributo che è stato trasmesso; gli esempi sono facili: il mitico atleta il cui nome è utilizzato per una linea di abbigliamento sportivo faceva in realtà uso di sostanze vietate; il cantante la cui ultima casa è meta di (lucrosi) pellegrinaggi aveva in realtà plagiato gran parte delle sue canzoni; il medico che aveva dato il nome ad un vaccino era un volgare impostore. Vi è dunque un sicuro interesse materiale di chi da quella fama trae vantaggi a porre fine

¹²¹ E tuttavia si v. le perplessità in ordine alla impignorabilità dei diritti morali dell'autore in considerazione della loro rilevanza patrimoniale per i creditori manifestate da I. SCALERA, *Fallimento e diritto d'autore*, Milano, 1969, p. 42. V. pure L. FERRARA, *op. cit.*, p. 233 s.

¹²² Si consideri che sotto l'impero della legge sul diritto d'autore del 1882 (r.d. 19 settembre 1882, n. 1012) l'art. 16 prevedeva che tutti indistintamente i diritti attribuiti dalla legge agli autori fossero trasmissibili «in tutti i modi consentiti dalla legge» (sul punto v. N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, II, Torino, 1917, p. 174 ss.). Mentre l'art. 107 della vigente legge chiarisce che i diritti devono avere «carattere patrimoniale» (v. P. GRECO - P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 340 ss., i quali tuttavia notano – p. 341 nt. 1 – che nella legge francese i diritti morali spettano agli eredi). Diversa la situazione nell'ordinamento americano nel quale peraltro non è riconosciuto, per lunga tradizione, il diritto morale d'autore. E tuttavia effetti analoghi sono conseguiti per via negoziale: si v. ad es. il caso *Southeast Bank v. Lawrence*, 11 *Med. L. Rptr.* 1216 (1984) avente ad oggetto, tra l'altro, l'interpretazione del testamento del drammaturgo Tennessee Williams nel quale era inserita la seguente clausola diretta all'esecutore testamentario: «Desidero che nessuna mia opera... venga in alcun modo alterata, sotto forma di integrazioni, di aggiunte, di soppressioni o di revisioni, salvo per quanto riguarda le usuali indicazioni di regia».

¹²³ Parla, con riferimento all'onore, di «limitatissimo potere di disposizione, che si riduce forse solo al consenso dell'avente diritto». P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 169, in nota.

a simili notizie e a chiedere il ristoro dei danni subiti. Ma si tratta di un interesse giuridicamente tutelato¹²⁴?

Una prima – ma del tutto insufficiente – azione difensiva potrebbe fondarsi sul divieto degli atti di denigrazione: ma occorrerebbe non solo la qualità di concorrente nel propalatore di notizie false, ma anche la idoneità di queste ultime a colpire il prodotto (o il produttore). È facile immaginare che nella maggior parte dei casi difetti il primo requisito (giornali, riviste, periodici non sono solitamente concorrenti rispetto a prodotti col marchio di persona celebre); e chi denuncia le nefandezze di Luigi XIV non vuole dire che le «Pasticche del Re Sole» sono disgustose.

Ci si potrebbe forse appoggiare – ma con incerti esiti – su quella autorevole giurisprudenza della Suprema Corte¹²⁵ la quale, individuando nell'art. 7 cod. civ., il fondamento normativo della tutela dell'identità personale potrebbe legittimare la tesi che l'uso del nome in un contesto dispregiativo costituisce lesione della norma testé citata.

Ma vi sono probabilmente riferimenti normativi più sicuri: l'art. 597 cod. pen. prevede che: «Se la persona offesa muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, o se si tratta di offesa alla memoria di un defunto, possono proporre querela i prossimi congiunti, l'adottante e l'adottato. In tali casi, e altresì in quello in cui la persona offesa muoia dopo aver proposto querela, la facoltà indicata nel capoverso dell'articolo precedente spetta ai prossimi congiunti, all'adottante e all'adottato».

Anche se la previsione di tale pletora di soggetti – funzionale solo nell'ottica penalistica di non lasciare decorrere inutilmente il breve termine di tre mesi concesso per l'esercizio del diritto di querela – può essere fonte di qualche confusione, non sembra discutibile che chi, legittimato dalla norma, abbia presentato querela potrà anche costituirsi parte civile per ottenere il risarcimento del danno.

Si osservi che in questi casi la reputazione lesa non è quella del defunto, bensì, di riflesso, quella del «prossimo congiunto». L'ordinamento ha dunque una nozione espansiva della reputazione: un soggetto gode di stima non solo per quel che è o fa, ma anche per quel che sono o fanno i propri congiunti¹²⁶. Con riguardo alla reputazione si può dire che le offese ai padri ricadono sui figli. La legge, al momento della morte del soggetto,

¹²⁴ V. la risposta della giurisprudenza americana in *Memphis Development v. Factors*, 5 *Med. L. Rptr.* 2523 (1980): «La fama rientra nella stessa categoria della reputazione: è un attributo dal quale altri possono beneficiare ma di cui non possono essere titolari».

¹²⁵ Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, in questa *Rivista*, 1985, 965 (con nota di A. FIGONE, *Il diritto all'identità personale davanti alla Corte di Cassazione*).

¹²⁶ V. P. GRECO - P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 346.

opera automaticamente un allargamento dell'area della reputazione protetta comprendente anche la «memoria del defunto». Non si è di fronte ad un vero e proprio fenomeno di successione *ex lege* (anche per la molteplicità dei soggetti coinvolti) tuttavia molti effetti sono simili.

Ma se il soggetto è diverso dai «prossimi congiunti» si pone un problema non indifferente di legittimazione attiva. Potrebbe farsi ricorso all'art. 73 cod. proc. pen. il quale – riprendendo una formulazione in larga parte mutuata dai precedenti codici di rito criminale – attribuisce la titolarità dell'azione civile derivante da reato al «soggetto al quale il reato ha recato danno» ovvero ai «suoi successori universali». Si potrebbe obiettare che nel caso di offesa alla memoria del defunto quest'ultimo non è mai il soggetto passivo del reato (in quanto deceduto) e dunque la legittimazione a costituirsi parte civile non può competere ai suoi eredi, a meno che non rientrino nel novero dei soggetti indicati dall'art. 597 cod. pen.

Al che la replica può essere duplice: per un verso sottolineando che da tempo è acquisita la consapevolezza della non (necessaria) identità fra soggetto passivo del reato e soggetto danneggiato; dall'altra la considerazione che la morte del soggetto non esclude un diritto proprio dei soggetti ad agire per il risarcimento del danno da lesione di diritti personalissimi del defunto. L'esempio più evidente di quanto si è detto è costituito dal diritto degli eredi di costituirsi parte civile nei casi di omicidio. Com'è evidente, il reato si consuma – e dunque sorge l'azione civile da reato – solo con la morte del soggetto: egli dunque non è – né logicamente può essere – titolare dell'azione¹²⁷. L'attribuzione dell'azione ai suoi eredi è stata vista fin dal cod. proc. pen. del 1913 come risposta legislativa al fin troppo fragile collegamento ad un diritto alimentare dei legittimari leso dall'omicidio, al quale potrebbe essere facilmente opposto, al contrario, un arricchimento dell'erede il quale diventa anzitempo titolare di sostanze proprio a seguito dell'uccisione del *de cuius*.

Parrebbe dunque ragionevole sostenere che laddove venga leso l'onore di un defunto il danneggiato ben può essere l'erede o altro soggetto che da tale reputazione riflessa trae benefici¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. W. D'AVANZO, *Delle successioni*, I, Firenze, 1941, p. 140; ma *contra* G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, in G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, vol. 2, Padova, 1940, p. 127.

¹²⁸ Ma *v. contra* W. D'AVANZO, *Delle successioni*, I, Firenze, 1941, p. 145; F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939, p. 223.

11. Conclusioni

Nelle pagine che precedono si è tentato di prospettare alcuni problemi (e lumeggiare alcune ipotesi di soluzione) che nascono dalla crescente rilevanza economica dei profili della personalità. Le perplessità e le difficoltà che si sono manifestate discendono in gran parte dalla difficoltà di prospettare un coerente ed unitario quadro di riferimento concettuale. Sussistono indubbiamente degli importanti spunti normativi i quali consentono di fornire una chiara (o, quantomeno, accettabile) risposta a taluni importanti problemi pratici; ma laddove tali dati manchino il ricorso alla analogia o a «principi generali» si rivela oltremodo incerto¹²⁹.

Per cercare di ovviare a siffatta situazione si potrebbero collocare i negozi concernenti gli attributi della personalità in tre diverse prospettive: una, prima, «realista» che assuma a modello i negozi attributivi, traslativi o concessivi di situazioni reali; una seconda «obbligatoria» che consideri tali negozi meramente costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni obbligatorie; una terza, infine, «industrialista» che attinga alla ricca esperienza negoziale in temi di c.d. beni immateriali.

Nella prima ipotesi potrà assumere rilevanza lo schema dell'usufrutto¹³⁰: il titolare concederebbe al terzo un diritto di godimento limitato, nel modo e nel tempo, di un proprio attributo. Vi sarebbe indubbiamente da chiarire il profilo della realtà: per un verso essa sussisterebbe ogni qualvolta l'attributo è materializzato, come nel caso di una fotografia consegnata dal titolare al terzo (salvo valutare l'eventuale incidenza degli artt. 87 ss. l.d.a.

¹²⁹ Con riferimento alle perplessità in ordine alla applicazione analogica nell'ordinamento statunitense v. P.L. FELCHER - E.L. RUBIN, *The Descendibility of the Right of Publicity: Is there Commercial Life after Death?*, in 89 *Yak L. J.* 1125 (1980) ove si sottolinea l'esigenza di individuare le «social policies» poste a fondamento della disciplina che si vuole estendere per analogia al fine di verificare la congruità della sua applicazione a nuove situazioni. Per un interessante confronto delle diverse *policies* in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, v. il caso americano *Bi-Rite v. Bruce Miner Co.*, 11 *Med. L. Rptr.* 1891 (1985). In giurisprudenza v. l'elencazione delle *policies* che giustificano il riconoscimento del *right of publicity* e la sua trasmissione *mortis causa* in *Tennessee ex rel. Presley v. Crowell*, 14 *Med. L. Rptr.* 1049 s. (1987). E proprio con riferimento alle ragioni di *policy* C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto ecc.*, cit., p. 13 evidenzia che con riferimento agli attributi della personalità non si giustifica l'esigenza di caduta nel dominio pubblico che si rinviene con riguardo alle invenzioni (e, si aggiunge, alle opere dell'ingegno).

¹³⁰ Ma v. dubitativamente P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 157 s., il quale qualifica come usufrutto solo il caso in cui al terzo venga espressamente attribuita in esclusiva la facoltà di far utilizzare il ritratto anche ad ulteriori soggetti. Con cautela si esprime anche M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 435.

qualora di tratti di fotografia d'autore). Per altro si potrebbe aderire a quella autorevole dottrina che ammette l'usufrutto su diritti e quindi prescinde dal requisito della materialità¹³¹.

Altri spunti utili potrebbero trarsi poi dall'esperienza in tema di atti di rinuncia o autorizzativi attraverso i quali si trasmette ad un altro soggetto la facoltà di godere di talune utilità offerte dal bene¹³².

Occorre tuttavia prendere atto che, da lungo tempo ormai, la nostra cultura giuridica ha preso le distanze da una visione «proprietaria» della persona e dei suoi attributi¹³³. Vi è dunque il, non del tutto infondato, timore che un simile approccio rischierebbe di suscitare nell'interprete più dubbi che adesioni, con la conseguente perpetuazione di uno stato di incertezza¹³⁴.

Sul piano del diritto delle obbligazioni l'inquadramento si rende indubbiamente più facile e le tradizionali categorie negoziali dell'oggetto, della causa, della volontà, degli effetti sono state ampiamente utilizzate nelle pagine che precedono. Tuttavia lo schema del rapporto obbligatorio, se pare applicabile a gran parte delle ipotesi che si sono prospettate nelle pagine precedenti, per un verso esclude dalla sua sfera di azione molti dei profili successori, che come si è visto costituiscono fra i più rilevanti e complessi; per altro verso è suscettibile di risolvere (gran parte, ma non tutti) i potenziali conflitti fra i soggetti del rapporto, ma lascia nell'incertezza le parti in ordine sia all'esatta consistenza del diritto attribuito/acquisito, sia alla sua tutelabilità nei confronti di terzi.

La funzione unificatrice delle regole in tema di obbligazione non può e non deve eliminare (o far finta di eliminare) connaturate diversità fra negozio e negozio, e, all'interno di negozi simili, fra prestazione e prestazione¹³⁵. E

¹³¹ V. G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1954, p. 649 ss. (e, con riferimento alle opere dell'ingegno, p. 642 ss.). Ma v. *contra* M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p. 25 ss.

¹³² Ma P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 149, nega che i negozi relativi all'uso di attributi della personalità possano risolversi in termini di «mera rinuncia all'esercizio... del diritto assoluto di inibitoria all'uso del ritratto».

¹³³ V. specificamente sul punto O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 543 ss.

¹³⁴ Ma negli Stati Uniti, v. la consolidata tendenza a ritenere che vi sia un «*proprietary interest*» del soggetto sulle proprie fattezze: NOTE, *Celebrities and the First Amendment: Broader Protection Against the Unauthorized Publication of Photographs*, in 61 *Indiana L. J.* 697 (1986) (in part. p. 709 s.).

¹³⁵ P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 163 ss. ritiene che in genere siano applicabili le disposizioni in tema di locazione-conduzione. M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 412, con riferimento all'immagine parla in termini generali di «vero e proprio vincolo obbligatorio di carattere negoziale».

appunto dall'incerto contenuto (o oggetto) del negozio concernente attributi della personalità che traggono origine le principali difficoltà, che certo non possono essere risolte dalla teoria delle obbligazioni, la quale presuppone già compiuta la qualificazione degli interessi di cui si dispone¹³⁶.

È se l'ampiezza dell'istituto ci consente di esaminare in un unico contesto fenomeni strutturalmente e socialmente assai diversi fra loro va precisato che nel loro esame non ci si può limitare ad offrire delle indicazioni generiche, ma occorre invece proporre soluzioni concrete e coerenti a questioni di notevole attualità e valore: quali diritti, facoltà, obblighi, oneri sorgono *naturaliter* in capo alle parti da negozi concernenti attributi della personalità? Qual è la loro durata? Sono opponibili ai terzi? Godono solo di una tutela risarcitoria (e nei confronti di chi) o anche specifica, cautelare e finale?

Sono forse queste le ragioni che inducono a ritenere preferibile – e con le riserve che si diranno – almeno allo stato della riflessione e del dato normativo, quella prospettiva che si è definita «industrialista»¹³⁷. Le affinità

¹³⁶ Rimane infatti irrisolta la questione della *natura* del diritto conferito al terzo attraverso il negozio, soprattutto per quanto attiene alla sua durata e alle vicende estintive: secondo P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 223 non vi sarebbe distinzione fra diritto acquisito «in forza di rapporti obbligatori», diritto avente natura di diritto assoluto a contenuto limitato o diritto integralmente trasmesso *ex art.* 10 cod. civ.: la morte del titolare e dei successori indicati dalla legge (o la loro mancanza) comporterebbe l'estinzione del diritto e la sua «caduta in dominio pubblico». La prospettiva lascia perplessi in ordine alle sue conseguenze: seguendo il principio enunciato lo sfruttamento dell'immagine dell'attore morto subito dopo la realizzazione del film senza lasciare disposizioni o alcuno dei soggetti indicati dalla legge spetterebbe non al solo produttore ma a chiunque; il marchio riprodotto nel ritratto di un soggetto deceduto senza successori sarebbe liberamente appropriabile da un altro imprenditore (così M. CASANOVA, *op. cit.*, p. 501). In buona sostanza la durata del diritto sarebbe rimessa alla casuale presenza e longevità di determinati soggetti. È pur vero che la giurisprudenza americana, con il suo consueto empirismo, ci mette in guardia dal pericolo che i lontani discendenti di Giorgio Washington possano pretendere delle royalties sul ritratto dell'antenato che compare sulle banconote da un dollaro (*Lugosi v. Universal Pictures*, 5 *Med. L. Rptr.* 2191, *Mosk J. conc.* (1979)). Ma i sistemi di diritto continentali devono saper offrire soluzioni, appunto, sistematiche, cioè coerenti con l'insieme. E una obbligazione che si estingue senza una espressa previsione pattizia normativa non appare coerente. In generale sulle interferenze fra contratto e successione *mortis causa* v. F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano 1990. Nella giurisprudenza americana la stabilità dei rapporti contrattuali, posti in essere in vita dal titolare, dopo la sua morte è utilizzata come uno degli argomenti su cui si fonda il principio di trasmissibilità *mortis causa* del *right of publicity* in *Tennessee ex rel. Presley v. Crowell*, 14 *Med. L. Rptr.* 1050 (1987).

¹³⁷ Per P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 38 il diritto del ritrattato ha le stesse caratteristiche dell'autore sull'opera dell'arte figurativa. Tuttavia, opportunamente, lo stesso autore

sono molteplici: la non materialità delle entità che si vogliono disciplinare; la tendenziale idoneità del bene ad essere sfruttato in maniera plurima (nel tempo e nello spazio) e frazionata, sì da giustificare il parallelo con le licenze sui beni immateriali¹³⁸; la rilevanza economica delle operazioni¹³⁹; la circostanza che gran parte delle norme – che si sono citate – sono già inserite in un contesto industrialistico (legge sul diritto d'autore, legge sui marchi); la storica convivenza all'interno del testo legislativo di maggiore importanza (la legge sul diritto d'autore)¹⁴⁰ di profili morali e di profili economici.

Tutto ciò indubbiamente facilita l'orientamento dell'interprete, ma lo porta a scontrarsi con la tipicità della teoria dei beni vigenti nel nostro ordinamento¹⁴¹: solo i beni dotati di corporalità possono liberamente

(*ivi*, p. 148) mette in luce che, con riferimento al ritratto, possono sorgere sia situazioni obbligatorie, sia diritti assoluti di godimento.

¹³⁸ In tal senso v. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 147. Ma *contra*, quanto meno con riguardo al nome e all'immagine, M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 245 ss. (in part. p. 267: «la riconduzione del diritto al nome al modello operativo e concettuale dei diritti sui beni immateriali... non significherebbe altro che procedere in direzione di un'inammissibile ipostatizzazione dei diritti di identificazione *in jura* suscettibili di essere ricondotti allo schema dominicale e proprietario». Il parallelo, peraltro, lascia aperta la soluzione alla natura effettiva del diritto conferito con la licenza e alle sue forme di tutela: sul punto v. A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, p. 347 ss.

¹³⁹ V. nell'ordinamento statunitense la costruzione del *right of publicity* come «avviamento» (*goodwill*) che andrebbe protetto da indebiti arricchimenti: COMMENT, *An Assessment of the Copyright Model in Right of Publicity Cases*, 70 *Cal. L. Rev.* 786 (1982) (in part. p. 797 ss.); R. AUSNESS, *The Right of Publicity: A «Haystack in a Hurricane»*, in 55 *Temple L. J.* 977 (1982) (in part. p. 983 ss.), T.F. SIMON, *Right of Publicity Reified: Fame as Business Asset*, in 30 *N.Y.L.S.L. Rev.* 699 (1985) (in part. p. 724 ss.). In giurisprudenza v. *Bi-Rite Enterprises v. Button Master*, 9 *Med. L. Rptr.* 1531 (1983) (in part. p. 1538); *Tennessee ex rel. Presley v. Crowell*, 14 *Med. L. Rptr.* 1043 (1987) (in part. p. 1049).

¹⁴⁰ Ma v. l'ormai risalente avvertenza di B. DUSI, *Cenni intorno al diritto alla propria immagine dal punto di vista sistematico e legislativo* (ora in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1956, p. 505 ss.) a non sviluppare eccessivamente l'analogia fra diritti della personalità e diritti d'autore o d'inventore. Cfr. pure L. FERRARA, *op. cit.*, p. 187. A favore dell'estensione analogica nell'ordinamento statunitense, P.L. FELCHER - E.L. RUBIN, *The Descendibility ecc.*, cit., p. 1129 ss.; D.E. SHIPLEY, *Publicity Never Dies, It Just Fades Away: The Right of Publicity and Federal Preemption*, in 66 *Corn. L. Rev.* 673 (1981). A favore dell'analogia con la disciplina del *copyright* propria per la similitudine dei «*property interests*» coinvolti è anche P. SAMUELSON, *Reviving Zacchini: Analyzing First Amendment Defenses in Right of Publicity and Copyright Cases*, 57 *Tul. L. Rev.* 836 (1983) in part. p. 929.

¹⁴¹ V. C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 25. Con specifico riferimento al ritratto, v. P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 157. Il problema si pone in maniera assai più semplice in quegli ordinamenti, come quello americano, nel quale il concetto di «*property*» può avere come oggetto sia beni immobili che «*chattels*», termine che ricomprende praticamente tutte le entità mobili, materiali o incorporali, suscettibili di sfruttamento economico: v. *Tennessee*

costituire oggetti di diritti di esclusiva¹⁴².

Per i beni privi del requisito della materialità, è l'ordinamento a stabilire se e in che misura possano essere oggetto di privativa¹⁴³. Lo sfruttamento economico degli attributi della personalità richiederebbe, in una ottica industrialistica (che poi risponde, o dovrebbe rispondere, a criteri di efficiente allocazione delle risorse), una disciplina ben più sistematica delle scarse previsioni nella legge sul diritto d'autore e nella legge sui marchi¹⁴⁴. In altre parole sarebbe ben difficile delineare un coerente sistema di utilizzazione delle opere dell'ingegno, delle invenzioni o dei marchi, se il legislatore si fosse limitato a dettare norme sul plagio o sulla contraffazione, senza trattare, come invece ha fatto in modo esteso, l'oggetto e il contenuto del diritto. Ma per quanto riguarda il diritto (o i diritti) della personalità siamo ben lungi dal conseguimento di una teoria, largamente condivisa, circa la loro rilevanza patrimoniale. E fintanto che tale lacuna non sarà soddisfacentemente colmata – e queste pagine vogliono solo offrire spunti di riflessione – non sarà certo sufficiente il richiamo a pur collaudati schemi di riferimento.

In conclusione, se è vero che dall'esame dei profili negoziali della personalità nascono nuovi spunti per verificare l'adeguatezza del concetto di negozio giuridico¹⁴⁵, non è men vero che esso sollecita un non superficiale ripensamento della teoria dei diritti (o del diritto) della personalità.

ex rel. Presley v. Crowell, 14 *Med. L. Rptr.* 1048 (1987). Ma v. le difficoltà di inquadrare talune figure nella common law inglese: D.F. LIBLING, *The concept of property: property in intangibles*, in 94 *L. Q. Rev.* 103 (1978).

¹⁴² Sia consentito il rinvio a V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, p. 453 (ed in par. i parr. 12 e 15).

¹⁴³ V. per tutti T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 353 ss. Senza considerare poi le posizioni più drastiche di chi nega che i diritti della personalità costituiscano un bene in senso giuridico: v. O.T. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 556.

¹⁴⁴ Per rilievi simili v. M. RICOLFI, *op. cit.*, p. 170 s.

¹⁴⁵ Sul punto non si può non rinviare alle pagine introduttive dell'opera di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.

Voce “Cosa”*

A GIORGIO RESTA

SOMMARIO: 1. L'art. 810 del cc. Esegesi. Infecondità delle diverse interpretazioni della norma – 2. L'uso dei termini «cosa» e «beni» nei singoli libri del c.c. Assenza di una coerente teoria generale – 3. I diversi approcci alla definizione delle nozioni di «cosa» e «bene»: normativo, sociologico, formalista, teleologico. – 4. La nozione di «bene» quale criterio di qualificazione giuridica. La nozione di «cosa» quale entità pre-giuridica caratterizzata dal requisito della corporalità – 5. Le altre entità suscettibili di essere qualificate come beni – 6. *Segue.* Le prestazioni – 7 *Segue.* Le situazioni, il problema dell'«ambiente» – 8. *Segue.* Il pensiero estrinsecato; la pretesa categoria dei «beni immateriali» – 9. *Segue.* I diritti – 10. Il rapporto (necessario) fra natura del bene e struttura del diritto. Il paradigma del diritto di proprietà. Il caso della «moneta» – 11. Res, cosa, chose, Sache, thing. Portata e limiti di una indagine comparatistica – 12. Teoria dei beni e inquadramento di nuove entità – 13. *Segue.* L'informazione – 14 *Segue.* I programmi per elaboratore – 15. *Segue.* La personalità – 16. Conclusioni.

1. *L'art. 810 del c.c. Esegesi. Infecondità delle diverse interpretazioni della norma*

Tradizionalmente nel nostro ordinamento le teorie dei beni e delle cose¹ assumono come principale punto di riferimento normativo l'art. 810 c.c.; e da questo dovrà prendere le mosse una analisi critica perché dalle sue scarnie e apparentemente chiare dieci parole² («Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti») risulta, al contrario, tutta l'ambiguità

* Pubblicato in *Digesto*, IV ed., disc. priv., sez. civ., III, p. 438, UTET 1988. La bibliografia delle principali opere citate è riportata in fondo alla “voce”.

¹ L'impostazione sistematica di questa nuova edizione del *Digesto* racchiude sotto un unico lembo «cose» e «beni» sulla scia delle precedenti edizioni e nel rispetto di una tradizione romanistica lucidamente sintetizzata nelle «voci» di Biondo Biondi. Ciò a differenza da altri compendi enciclopedici ove la diversa costruzione di Salvatore Pugliatti ha portato ad una netta ed inequivoca separata trattazione dei due termini.

² «Nonostante la sua brevità, questo articolo è sul piano esegetico, una miniera di rilievi e di dubbi»: così ALLARA, *Dei beni*, cit., 21.

che pervade la norma, prestandosi alle più svariate interpretazioni³, di cui le più evidenti sono:

- a) «Sono beni *solo* le cose che possono formare oggetto di diritti»⁴
- b) «Sono beni *anche* le cose che possono formare oggetto di diritti»

Nella prima ipotesi assume un rilievo determinante la definizione di «cosa» (peraltro omessa dal codice) giacché fra «beni» e «cose» viene a crearsi una relazione biunivoca la quale implica che per l'esistenza di un termine sussista anche l'altro. Non vi è tuttavia una identificazione fra «bene» e «cosa» come da taluni sostenuto, giacché è chiaro che non tutte le cose sono beni, ma solo quelle suscettibili di formare oggetto di diritti.

Nella seconda ipotesi, invece, si perviene a risultato opposto: in sostanza soggetto e predicato si scambiano di posto formulando così la norma: «Le cose che possono formare oggetto di diritti sono beni». Ma tale ribaltamento da un lato si pone in contrasto con il titolo, il capo e la rubrica dell'art. 810 ove si evidenzia che il soggetto definito è il «bene» (e non la cosa), dall'altro si traduce in una affermazione del tutto pleonastica, giacché non pare che si sia mai dubitato che le cose oggetto di diritti costituissero dei beni. A meno che col termine «cose» si vogliano comprendere entità la cui qualificazione appariva dubbia; senonché tale funzione esplicativa appare contraddetta, sotto il profilo logico e sistematico, dall'esistenza di apposite norme (ad esempio l'art 814 c.c., in materia di energie) la cui funzione è appunto quella di chiarire, con formula espressa, i casi incerti.

Esclusa dunque, in base ad un principio di conservazione, l'ipotesi b) occorre concentrare l'attenzione sulla norma per tentare di trarne una indicazione circa la natura delle «cose» che possono formare oggetto di diritti; ma una tale ricerca si risolverebbe in una tautologia poiché non essendo dato sapere se i diritti (nella concezione del legislatore) abbiano sempre e solo ad oggetto una cosa si ritorna inevitabilmente a dover chiarire che «cosa» essa sia⁵. Si potrebbe allora, per risolvere l'equazione percorrere la strada, ben nota alle scienze matematiche, di verificarne il risultato attribuendo all'incognita valori estremi: in un caso attribuendo a cosa il senso di «cosa» corporale, nell'altro quello di «entità esterna al soggetto».

³ Su cui v. ampiamente ALLARA, *Dei beni* cit., 21 ss.

⁴ È la lettura di SATTA, *Cose e beni nell'esecuzione forzata*, cit. 350, secondo cui dall'art. 810 c.c. «si deduce che i beni sono sempre cose», ed il concetto è ribadito *ibidem* nt. 2 e a 359.

⁵ «La enumerazione dell'art. 810 c.c. si riduce ad un gioco di terminologia, non solo ma ad un giuoco poco chiaro, poco chiaro risultando il rapporto tra il termine 'bene' ed il termine 'cosa'» così ALLARA, *Dei beni*, cit. 26; nonché ID. *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, 274.

Cioè:

- c) «sono cose le entità dotate del requisito della corporalità»;
- d) «sono cose tutte le entità immaginabili dal soggetto e diverse da lui»⁶.

In combinazione l'ipotesi *ac*) porta a leggere l'art. 810 in questo modo «Sono beni solo le cose corporali che possono formare oggetto di diritti». Il catalogo dei beni si presenterebbe dunque estremamente ristretto, ne resterebbe esclusa ogni altra entità, pur oggetto di diritti, sprovvista del requisito della materialità, in primo luogo i beni cosiddetti immateriali e le prestazioni umane oggetto di obbligazione⁷. Ora, tale limitazione, se non pone soverchi problemi quando si rimanga nell'ambito del libro III del codice⁸, si rende problematica quando venga trasferita alla nozione di beni utilizzata in altri libri del codice dai «beni» dell'assente, a quelli del minore o del *de cuius*, per giungere a quelli che costituiscono l'impresa o formano oggetto della garanzia patrimoniale generale. In queste ed in molte altre disposizioni la nozione di beni appare ben più ampia e ricomprensiva di situazioni giuridiche riferite ad entità non corporali.

Se il principio di non contraddizione impone di non aderire all'ipotesi *ac*), non resta che percorrere l'altra *ad*) prospettando la seguente lettura dell'art. 810 c.c. «Sono beni tutte le entità immaginabili dal soggetto che possono formare oggetto di diritti». La definizione di beni che in tal modo viene fornita appare senza dubbio più conforme alla nozione sistematica utilizzata dal codice, ove per «beni» si intendono quelle entità oggetto di un interesse giuridicamente tutelato. Senonché, qualificata in modo più

⁶ V. BIONDI, *I beni*, cit. 6. «In senso astratto o filosofico cosa è qualunque entità estranea al soggetto pensante, che esiste o è soltanto pensata o pensabile». Precisa lo stesso A. (*ibidem*) che una «tale nozione non serve affatto per il diritto giacché nulla dice di giuridicamente rilevante». Altrove «Cosa. Diritto civile», cit. 1009) Biondi offre la seguente definizione: «dal punto di vista giuridico-positivo cosa è qualunque entità, materiale od immateriale, che sia giuridicamente rilevante (...) Cosa è il riferimento oggettivo del diritto soggettivo».

⁷ V. l'obiezione di PUGLIATTI «Beni (teoria gen.)», cit. 173.

⁸ Si potrebbe pure prospettare la lettura dell'art. 810 c.c. (v. in tal senso ALLARA, *Dei beni*, cit., 31) in base alla quale il riferimento al termine diritti riguarda unicamente i diritti reali e non quelli di credito. Ma la soluzione, in apparenza radicalmente semplificante, non riesce a dare conto dei casi, normativamente previsti, di diritti reali (ad es usufrutto) su entità sicuramente sprovviste del requisito della corporalità. Sicché la categoria delle «cose» costituirebbe un ibrido lasciato sostanzialmente all'arbitrio del legislatore. E si v. infatti le conclusioni cui giunge il medesimo A. (*op. ult. cit.*, 32) in ordine alle opere dell'ingegno e alle invenzioni industriali. Sul punto v. inoltre le considerazioni di PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Napoli. 1971, 85.

precisa la nozione di «bene», ci si avvede che, rimanendo nell'ambito del III libro del codice, la nozione di «cosa» determina conseguenze applicative di non poco conto, in primo luogo sulla portata dell'art. 832. Il diritto di proprietà finirebbe per essere esteso ad ogni entità⁹ e, in buona sostanza (per evidenziare solo una delle possibili contraddizioni), si assisterebbe ad una confusione fra diritti di credito e diritti reali¹⁰.

A questo punto l'interprete è posto di fronte al dilemma: se tenta di attribuire un senso compiuto ed efficace all'art. 810 c.c. determina una serie di scompensi che si ripercuotono sull'intera struttura e lettura del codice¹¹; se vuole conservare una coerenza sistematica è invece costretto a sacrificare l'art. 810 privandolo del suo carattere di postulato e riducendolo a mera enunciazione di portata relativa e non prescrittiva: «*pereat unus ut vivant omnes*»¹².

Sembra che questa strada sia stata scelta dalla giurisprudenza pratica se un esame dei repertori, anche con l'ausilio dei moderni sistemi di informatica giuridica, rileva nell'arco di quarantacinque anni non più di una decina di decisioni ove l'art. 810 c.c. sia richiamato, sempre però in un contesto che impedisce di attribuirgli il ruolo di norma su cui si fonda la *ratio decidendi*¹³.

⁹ V. pure BIONDI, *I beni*, cit., 13 per il quale «onore, libertà, domicilio, nome, sono entità giuridiche, che si devono inquadrare nell'ampia cerchia delle cose».

¹⁰ Ma sul punto *infra* alla nt. 72.

¹¹ V. SCOZZAFAVA, *I beni ecc.*, cit., 94 e 109 («non è possibile reperire una spiegazione razionale dell'art. 810: esso sembra essere il frutto della deprecabile mania per le definizioni che ha afflitto il nostro legislatore»).

¹² Cfr. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, cit., 213 «Dal punto di vista tecnico l'impegno non ci sembra favorevolmente apprezzabile, proprio perché una definizione del genere, avente per oggetto un concetto generale, non facilmente definibile esula dalla funzione pratica della normazione. Senza dire – e qui non intendiamo indugiare – che presa per sé la definizione è scarsamente precisa e poco esauriente». Ed è pure l'opinione di NATOLI, *La proprietà*, cit., 77 s. il quale ritiene che si debba «escludere ogni possibile appiglio testuale tendente ad attribuire all'art. 810 un valore generale» e che (*ibidem*, 81) la definizione dell'art. 810 abbia un «valore meramente relativo». V. inoltre SCOZZAFAVA, *I beni*, ecc. cit. 113. In senso contrario v. invece PINO, *Contributo ecc.* cit. 835; «Si deve ripudiare l'opinione secondo cui l'art. 810 avrebbe solamente un valore terminologico e di sistematica giuridica».

¹³ L'archivio «Civile» del sistema di ricerca automatica di documentazione giuridica Italgire-Find, realizzato dal Centro Elettronico di Documentazione della Corte Suprema di Cassazione che raccoglie tutte le massime ufficiali della Cassazione dal 1960 in poi (ed anche alcune delle più significative anteriori a quelle data) interrogato sulla presenza del riferimento normativo dell'art. 810 c.c. nelle massime ha indicato quattro sentenze: 7-4-1970, n. 962; 8-3-1976, n. 780; 22-10-1976, n. 3773 (tutte in tema di

2. *L'uso dei termini «cosa» e «beni» nei singoli libri del c.c. Assenza di una coerente teoria generale.*

Ma anche a voler seguire questo tacito accantonamento della disposizione in questione l'interprete riesce solo ad evitare conseguenze palesemente contraddittorie, non ad avvicinarsi al risultato esegetico che si prefigge. Significativa a tal proposito è una analisi di alcune delle altre, numerose, anzi centinaia¹⁴, norme del codice ove si utilizza la nozione di

pertinenze, nelle quali l'art. 810 è utilizzato per affermare, o negare, la autonomia della cosa sulla quale si vantava un rapporto pertinenziale); 4-9-1985, n. 4612 (relativa alla indivisibilità, rispetto all'esecuzione forzata, della cosa appartamento).

¹⁴ Gli artt. del c.c. nei quali ricorre il termine «beni» (o «bene») sono: 17, 28, 31, 32, 49, 50, 52, 53, 54, 56, 63, 64, 66, 70, 72, 73, 155, 159, 167, 168, 169, 170, 171, 177, 178, 179, 180, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 210, 211, 215, 217, 218, 219, 230 bis, 295, 320, 323, 324, 326, 329, 337, 354, 356, 357, 362, 366, 372, 374, 375, 376, 378, 385, 460, 465, 483, 485, 487, 488, 489, 491, 492, 493, 494, 497, 499, 506, 507, 509, 512, 513, 514, 517, 518, 521, 525, 527, 528, 533, 534, 535, 537, 553, 555, 556, 563, 580, 588, 627, 629, 630, 692, 693, 694, 695, 696, 700, 703, 705, 706, 707, 713, 714, 715, 717, 718, 719, 720, 725, 727, 729, 733, 734, 736, 753, 757, 759, 762, 763, 764, 766, 783, 784, 792, 796, 807, 808, 812, 813, 814, 815, 822, 823, 824, 825, 827, 828, 829, 830, 831, 834, 835, 838, 860, 1010, 1011, 1015, 1113, 1155, 1156, 1158, 1161, 1162, 1166, 1200, 1233, 1261, 1339, 1350, 1416, 1435, 1436, 1471, 1503, 1544, 1599, 1707, 1731, 1873, 1878, 1943, 1944, 1977, 1978, 1979, 1980, 1986, 2082, 2150, 2195, 2204, 2233, 2247, 2251, 226, 2277, 227, 2280, 2281, 2283, 2128, 2330, 2342, 2343, 2343 bis, 2424, 2425 bis, 2429 bis, 2440, 2475, 2476, 2518, 2555, 2556, 2569, 2614, 1618, 1629, 2643, 2645, 2646, 2647, 2649, 2653, 2659, 2663, 2045, 2683, 2687, 2691, 2605, 2696, 2711, 2740, 2741, 3746, 2748, 2755, 2756, 2758, 2759, 2770, 2784, 2808, 2009, 2810, 2817, 2818, 2825, 2829, 2830, 2839, 2841, 2851, 2854, 2856, 2857, 2858, 2861, 2866, 2872, 2873, 2874, 2875, 2876, 2880, 2889, 2800, 2891, 2891, 2894, 2898, 2002, 2905, 2910, 2911, 2913, 2914, 2915, 2941, 2948, 2951.

Il termine «cosa» (o «cose»), inteso in senso proprio (e quindi esclusi lo «stato delle cose», come nell'art. 1898, o la «cosa giudicata» come nell'art. 1974), ricorre nei seguenti artt.: 562, 564, 625, 638, 649, 651, 652, 653, 654, 656, 657, 663, 664, 667, 668, 669, 670, 671, 673, 678, 686, 744, 743, 748, 750, 778, 783, 791, 793, 797, 798, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 832, 843, 923, 927, 929, 930, 932, 933, 939, 940, 948, 949, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 995, 996, 997, 1001, 1014, 1016, 1017, 1019, 1020, 1021, 1039, 1062, 1067, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1108, 1110, 1112, 1114, 1115, 1116, 1118, 1119, 1120, 1123, 1130, 1138, 1140, 1145, 1148, 1150, 1152, 1154, 1164, 1168, 1171, 1172, 1177, 1178, 1182, 1192, 1202, 1207, 1208, 1209, 1210, 1211, 1212, 1214, 1216, 1221, 1243, 1246, 1257, 1258, 1259, 1263, 1282, 1315, 1316, 1348, 1376, 1377, 1378, 1380, 1355, 1465, 1470, 1472, 1474, 1476, 1477, 1478, 1479, 1480, 1481, 1482, 1483, 1484, 1485, 1486, 1489, 1490, 1491, 1492, 1493, 1494, 1495, 1497, 1499, 1500, 1502, 1504, 1505, 1506, 1507, 1508, 1509, 1510,

«beni» o di «cosa», e dalle quali risulta, a dir poco, una scarsa omogeneità¹⁵, frutto – è da ritenere – della diversa paternità dei singoli libri e del mancato coordinamento dell'insieme del codice, lamentato da alcuni fra i più autorevoli redattori¹⁶.

- a) Si consideri l'uso che del termine «beni» viene fatto nel primo libro: da numerosi articoli (ad es. 50, 54, 63) appare una netta distinzione fra i beni dell'assente nel cui possesso temporaneo taluni soggetti vengono immessi, e i diritti del medesimo che vengono invece esercitati in via temporanea. Ora, poiché è lo stesso codice (art. 1140) a chiarire che il possesso consiste proprio nell'esercizio di una attività corrispondente all'esercizio di un diritto reale, sembra crearsi un dualismo fra «beni» da una parte (oggetto di diritti reali) e «diritti» dall'altra (diversi dai diritti reali). Senonché si tratta di una contrapposizione non accettabile in primo luogo perché «beni» e «diritti» si pongono su piani del tutto diversi (salvo quanto si dirà più oltre sulla categoria dei diritti su diritti), in quanto i primi costituiscono l'oggetto dei secondi (come anche l'art. 810 porta a ritenere); in secondo luogo, perché come si è già visto, e si illustrerà meglio in prosieguo, il catalogo dei «beni» non può certamente essere limitato

1511, 1512, 1513, 1514, 1515, 1516, 1517, 1518, 1519, 1520, 1521, 1523, 1526, 1528, 1529, 1552, 1553, 1556, 1557, 1558, 1559, 1567, 1568, 1571, 1574, 1575, 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582, 1583, 1584, 1585, 1586, 1587, 1588, 1589, 1590, 1591, 1592, 1593, 1594, 1595, 1603, 1604, 1605, 1606, 1615, 1617, 1618, 1620, 1624, 1669, 1673, 1678, 1679, 1681, 1683, 1685, 1686, 1687, 1689, 1690, 1691, 1692, 1693, 1695, 1697, 1698, 1699, 1701, 1702, 1718, 1735, 1739, 1766, 1769, 1770, 1771, 1772, 1773, 1774, 1775, 1776, 1777, 1778, 1779, 1780, 1781, 1782, 1783, 1785, 1785 bis, 1785 quinquies, 1789, 1790, 1793, 1794, 1795, 1796, 1797, 1798, 1800, 1802, 1803, 1804, 1805, 1806, 1807, 1808, 1809, 1810, 1811, 1812, 1813, 1814, 1818, 1819, 1821, 1846, 1861, 1892, 1906, 1907, 1908, 1909, 1914, 1918, 2037, 2038, 2040, 2041, 3051, 2054, 2148, 2167, 2235, 2254, 2256, 2286, 2639, 2712, 2736, 2742, 2743, 2744, 2760, 2761, 2764, 2766, 2768, 2769, 2778, 2786, 2789, 2790, 2791, 2792, 2793, 2794, 2795, 2796, 2797, 2798, 2799, 2803, 2813, 2906, 2912, 2919, 2920, 2921, 2922, 2927, 2930, 2932, 2933. Entrambi i termini appaiono, infine, nei seguenti artt.: 196, 771, 790, 810, 826, 839, 1002, 1153, 1706, 2812, 2822, 2823, 2926.

¹⁵ L'osservazione è comune a quasi tutti gli autori che hanno trattato il tema per tutti v. ALLARA, *Dei beni*, cit., 8; BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, *Diritti reali*, cit., 145.

¹⁶ Si v. sul punto le considerazioni (forse però eccessivamente influenzate dal personale coinvolgimento dell' A.) di F.VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. it. sc. giur.* 1947, 76 (ed ora in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, 605, da cui si citerà): «Mancò, devesi riconoscere, all'opera della codificazione un piano politico e un piano tecnico» (630, nt. 2).

ai soli suscettibili di essere posseduti (cioè oggetto di diritti reali). Né maggiore chiarezza si coglie in altre disposizioni relative al diritto di famiglia: così mentre l'art. 155 nel dettare i criteri per l'amministrazione dei beni dei figli in caso di separazione dei coniugi sembra attribuire al termine un significato ampio e omnicomprendente, gli artt. 167 e 168 relativi al fondo patrimoniale propendono per una visione pan-proprietaria (i coniugi sarebbero proprietari dei titoli di credito, mentre gli artt. 1992 ss. evitano accuratamente tale espressione, parlando solo – e, secondo la migliore dottrina, in senso atecnico – di possesso, con evidente riferimento al documento, e v. pure l'art. 1157). E il dualismo beni-diritti si ripresenta agli artt. 323 e 378 i quali vietano ai genitori appunto l'acquisto di beni e diritti del minore e di farsi cessionari di «alcuna ragione o credito». Maggiore portata si riscontra nell'art. 364 ove si includono nell'inventario dei beni del minore di cui all'art. 362 «immobili, mobili, crediti e debiti»¹⁷ (ma allora anche le passività costituiscono «beni»)»¹⁸

- b) I dubbi ora prospettati si ripresentano nel libro secondo: l'art. 533 dispone l'esercizio della *petitio haereditatis*: nei confronti di chiunque possieda beni ereditari, salvi i diritti acquisiti per usucapione. identificando così i «beni» con le «cose». L'art. 556, invece, per determinare la porzione disponibile realizza «una massa di tutti i beni», «detraendone i debiti», lasciando così intendere che i crediti facciano parte della massa. Con l'art. 562 s'introduce il termine «cosa», precedentemente assente (se si esclude la rubrica dell'art. 196, il quale però nel testo fa riferimento, quasi fossero sinonimi, ai «beni mobili»). È la «cosa» ad essere esente da collazione e imputazione (art. 564) o ad essere oggetto della disposizione (art. 625) ma sono i «beni» ad essere impiegati nelle disposizioni a favore dell'anima (art. 629), o ad essere devoluti agli enti di assistenza (art. 630). Talvolta si scelgono termini nuovi: l'art. 587 parla di sostanze; l'art. 629 di «somma».

L'art. 649 chiarisce che oggetto del legato è la proprietà di cosa o un altro diritto; ma in tutti gli articoli seguenti (651, 652, 653,

¹⁷ V. in proposito le considerazioni di PUGLIATTI, «Beni (teoria gen.)», cit., 176 anche in rapporto agli artt. 775 ss.

¹⁸ V. la risposta di BIONDI, *I beni*, cit., 16 secondo cui la nozione di cosa (a differenza di quella di bene) «comprenderebbe anche elementi negativi». La stessa domanda si pone con riguardo al Code Napoléon, BATIFFOL, *Problèmes contemporains de la notion de biens*, in AA.VV., *Les biens et les choses ecc.*, cit., 10.

654, 655, 656, 657, 663, 664, 667, 668, 669, 671, 673, 678, 686) si parla metonimicamente di «cosa legata», distinguendo però (art. 658) il «legato di credito». Dal canto suo l'art. 736 ripresenta la divisione fra beni e diritti assegnati ai condividenti.

La donazione nella sua definizione legislativa (art. 769) ha per oggetto dei diritti, ma nella successiva articolazione si tratta indistintamente di «cose» e di «beni». L'art. 790 porta in rubrica la «riserva di disporre di cose determinate», nel testo indica la «somma sui beni donati».

- c) Aperto il libro terzo dall'ambigua norma che si è testé esaminata, numerose altre disposizioni ingenerano altrettante perplessità: l'art. 820 nello stabilire che i frutti civili si ritraggono dalla *cosa* come corrispettivo del godimento che altri ne abbia, fornisce numerose esemplificazioni (interessi da capitali, canoni enfiteutici, rendite, corrispettivi nelle locazioni) le quali non aiutano a comprendere quel che si intende per «cosa». L'art. 826 nell'indicare i *beni* dello Stato diversi da quelli demaniali vi include anche le cose di interesse storico. E mentre l'art. 832 evidenzia l'elemento materialistico su cui insiste il potere del proprietario («cose»), l'art. 834 sposta l'accento sull'aspetto giuridico parlando di espropriazione di «beni». Ma subito sembra attribuire ai beni una qualità corporale sanzionando l'abbandono della loro conservazione, coltivazione o esercizio (art. 838). Per la rubrica dell'art. 838 sono d'interesse storico *i beni*, per il testo le *cose*. L'usufruttuario, ex art. 1002 prende le *cose* nello stato in cui si trovano, ma deve fare l'inventario dei *beni*.
- d) Il contributo di maggiore chiarezza alla definizione delle nozioni di «beni» e di «cosa» appare venire dal libro quarto funzionalmente e storicamente strutturato per disciplinare quei diritti relativi che, secondo una tradizione dogmatica, si contrappongono ai diritti reali. Nell'intero libro il ripetuto uso del termine «cosa» appare rivolto ad indicare una entità corporale, come si può dedurre *a contrario* dal ricorso ad altre espressioni ed a specifiche disposizioni laddove il riferimento sia ad entità di tipo diverso: così l'art 1217, il quale enuclea una disciplina *ad hoc* quando la *mora credendi* riguardi una prestazione di fare (cioè non abbia ad oggetto una cosa materiale), l'art. 1470 evidenzia come si possa essere proprietari di una cosa, e non di un diritto (ed il concetto è ribadito dall'art. 1552 relativamente alla permuta); l'art. 1718 distingue fra la custodia delle cose del mandante e la *tutela* dei diritti del medesimo.

D'altro canto si mostra consapevolezza della ampiezza della nozione di «beni» quando agli artt. 1977 e 1978 si indicano quali oggetto della cessione ai creditori *attività* e *crediti*. Non manca tuttavia qualche incertezza, riscontrata in altre parti del codice: l'art. 1706 usa sinonimicamente «cose» (acquistate dal mandante) e «beni immobili o mobili registrati».

- e) Anche dal libro quinto si ricavano utili indicazioni: gli artt. 2254 e 2255 distinguono rispettivamente fra il conferimento (nella società semplice) di *cose* e il conferimento di *crediti*, con ciò evidenziando una differenza fra le due entità; gli artt. 2424 e 2425 bis, con le loro lunghe elencazioni delle voci di bilancio forniscono un ulteriore chiarimento della nozione di beni, in particolare con il n. 13 dell'art. 2425 bis ove si parla di svalutazione di titoli, crediti e *altre* categorie di beni, con ciò implicando che titoli e crediti costituiscono una categoria di beni, l'art. 2427, parlando, senza ulteriore specificazione, di valore dell'avviamento da iscrivere nell'attivo del bilancio «quando è stata pagata una somma a tale titolo nell'acquisto dell'azienda» presuppone contratti che abbiano per oggetto il trasferimento, anche, di questa entità¹⁹. L'art. 2555, con la sua ben nota definizione di azienda, parla di beni organizzati (ed il coordinamento con l'art. 2427 attribuisce all'avviamento la qualifica di bene). D'altra parte si colgono, anche qui, fonti di equivoco: molti articoli (ad es. 2343, 2475 n. 5, 2476, 2518, 2629) creano una distinzione fra beni e crediti di cui non è facile cogliere il fondamento.
- f) Infine, il libro sesto va rilevata la distinzione che agli artt. 2784 ss. è fatta fra pegno di cosa e pegno di crediti ed altri diritti, e agli artt. 2926 ss. fra assegnazione di cose e assegnazione di crediti. Ma in generale si nota una generale equiparazione fra bene e cosa²⁰: nella rubrica dell'art. 2822 si parla di beni altrui, nel testo di cosa altrui, nella rubrica dell'art. 2823 il richiamo è ai beni futuri, nel testo alla cosa futura; la equiparazione può forse essere giustificata dal fatto che trattandosi di norme di diritto ipotecario l'oggetto sarà un bene immobile, ma la questione si fa complessa qualora si consideri

¹⁹ Sul collegamento fra bilancio, inventario e patrimonio v. PUGLIATTI «Beni (teoria gen.)» cit. 178.

²⁰ «Sarebbe facile, scorrendo i testi di legge, ed anche il solo codice civile fare rilevare la mancanza di rigore, di coerenza, di chiara coscienza del significato dei due termini [cose e beni] e della loro (asserita ma non dimostrata né dimostrabile) identità»: così PUGLIATTI «Cosa (teoria gen.)» cit. 20. V. inoltre le considerazioni di SCOZZAFAVA, *I beni ecc* cit., 30

l'ipoteca sui diritti reali di godimento.

Da questo sommario *excursus* nell'articolato del codice è facile giungere alla conclusione, peraltro evidente fin dall'esegesi dell'art. 810, che è mancata al legislatore una teoria generale dei beni e delle cose cui si sia ispirato e uniformato nel disegno e nella redazione di quel testo. Si rinvengono invece numerosi frammenti di teoria, non tutti compatibili fra loro e comunque suscettibili di interpretazioni difformi e divergenti.

3. *I diversi approcci alla definizione delle nozioni di «cosa» e «bene»: normativo, sociologico, formalista, teleologico*

Per tentare di ridurre il margine di opinabilità (comunque non del tutto sopprimibile) della ricostruzione che si prospetterà appare opportuno esplicitarne le premesse metodologiche, le quali appaiono essenziali rispetto a nozioni così basilari quali «beni» e «cosa».

Da quanto finora detto risulta evidente che un approccio rigidamente normativo si rivelerebbe infecondo: l'interprete si affannerebbe a ricercare una inesistente «intenzione del legislatore» e, posto che pervenisse ad un qualche risultato utile e riuscisse a costruirvi sopra una articolata teoria, questa verrebbe inevitabilmente messa in discussione da ogni innovazione legislativa (basti pensare al complesso delle leggi speciali il cui esame per mere ragioni di sintesi è stato qui omissis). La teoria enunciata sarebbe soggetta alle discrezionali (se non arbitrarie) scelte del legislatore, la coerenza del disegno rimessa alle variabili maggioranze parlamentari, alla incisività dei gruppi di pressione, alle mutevoli contingenze economiche e sociali.

Né a migliori risultati pare condurre un approccio che si potrebbe definire sociologico, volto a determinare le nozioni di «beni» e di «cosa» sulla base di una tipizzazione dei comportamenti sociali giuridicamente rilevanti²¹; e ciò in parte per la inevitabile approssimazione degli strumenti e dei criteri di rilevazione, in parte per la insopprimibile interazione che in una comunità stabilmente organizzata viene a crearsi fra legge e comportamenti, sicché non sarebbe dato sapere in che misura un «bene» è considerato tale per una consolidata *communis opinio*, e in che misura tale

²¹ V. MAROI, «Cosa», cit., 357 s.: «Il concetto di cosa si fonda su un criterio essenzialmente sociale ed economico (...) Sono i comuni apprezzamenti e gli usi della vita quotidiana o del commercio che ci suggeriscono quali cose sono suscettibili di utilizzazione».

opinio iuris sia determinata dalla esistenza di una norma²².

Infine, non pare adottabile nemmeno una costruzione puramente formalista che, prescindendo dal dato normativo e da quello sociale, sulla base di una rigorosa definizione logico-filosofica delle nozioni di «bene» e di «cosa», costruisca una più generale teoria dei beni. Non è dubbio che il risultato conseguito conserverebbe una estrema rilevanza, ma esso sembra collocarsi più nell'ambito della filosofia del diritto o dello *ius condendum*, che del diritto positivo.

Pare invece preferibile un percorso che si potrebbe definire teleologico nel senso che, premesso ed esplicitato l'obiettivo cui si vuole pervenire, ricerca il metodo logico più coerente per conseguirlo. In altri termini la domanda che viene posta è: qual è la finalità di una teoria dei beni? Quale è il suo rilievo pratico? Quali sono gli inconvenienti cui può condurre? Alle domande ora formulate si può tentare di fornire una risposta, sia pure sintetica: una teoria dei beni appare essenziale per individuare l'oggetto del diritto²³; e quindi per poter affermare (o negare) l'esistenza di un diritto; una teoria della cosa è posta alla base della categoria dei diritti reali²⁴; e quindi è essenziale per accertare i poteri e le facoltà del titolare del diritto nonché i suoi particolari strumenti di tutela. Da quanto detto risultano evidenti i rischi cui si va incontro: una teoria troppo «rigida» priva di tutela situazioni che presentano un indubbio interesse economico-sociale (e quindi giuridico) ed è incapace di adeguarsi ai mutamenti dei tempi; una teoria troppo «aperta», per converso, finisce per attribuire rilevanza giuridica ad un numero indeterminabile di situazioni; rendendo uguali posizioni profondamente diverse genera ineguaglianza, esalta il vantaggio del singolo a scapito di interessi collettivi. Da queste brevi notazioni è facile cogliere la valenza intrinsecamente «politica» di una teoria dei beni²⁵ e ne

²² V. le conclusioni di TERRÈ, *Variation de sociologie juridique sur les biens*, in AA.VV., *Les biens et les choses*, ecc., cit., 17 ss.

²³ V. PUGLIATTI, «Cosa (teoria gen.)», cit., 19; DE MARTINO, *Dei beni*, cit., 3 («L'oggetto può essere una cosa, ma non è sempre una cosa: il primo designa qualsiasi entità del mondo esterno, atto o fatto rispetto ai quali può esercitarsi un potere del titolare del diritto; la seconda un'entità percepibile con i sensi, con l'intelligenza, sulla quale si esplica in modo diretto ed immediato la signoria dell'uomo»).

²⁴ Cfr. NATOLI, *La proprietà*, cit., 78: «dal significato che si attribuisce, nell'art. 810, al termine 'cosa' dipende la determinazione dell'esatta sfera di applicazione dell'intera disciplina dettata dal III libro del codice»; v. inoltre FERRANTI, *Il libro della proprietà*, Milano, 1951, 7.

²⁵ Cfr. PUGLIESE, *Dalle «res incorporale» ecc.*, cit. 1183, SCOZZAFAVA, *I beni ecc.*, cit., 154 ove evidenzia come con la qualificazione dei beni si verifichi «un'immediata e diretta gestione da parte dell'ordinamento giuridico delle risorse suscettibili di appropriazione».

è conferma il fatto – che più avanti si analizzerà meglio – che sempre più spesso, rispetto a situazioni nuove e antiche, si assiste a complessi e analitici interventi del legislatore volti a contemperare contrastanti esigenze.

4. *Le nozione di «bene» quale criterio di qualificazione giuridica. La nozione di cosa quale entità pre-giuridica caratterizzata dal requisito della corporalità*

Fatta tale necessaria premessa è possibile entrare *in medias res*: la nozione di «beni» è una nozione eminentemente giuridica, di qualificazione (appunto) giuridica di determinate entità le quali assumono rilevanza per il diritto. La nozione giuridica di beni è dunque autonoma da quelle fornite da altre discipline (come ad es. l'economia) anche se certamente le prende in considerazione, insieme ad altri fattori, nella sua fase preliminare²⁶. Proprio in quanto nozione astratta essa prescinde da aspetti di fisicità e comprende ogni entità che sia oggetto di un interesse²⁷. La sua natura intellettuale consente infatti di ricomprendere sia entità materialmente individuate (ad es. un fondo), sia entità idealmente considerate unitariamente (ad es. una universalità), sia entità immateriali. Quando si parla di bene è sempre in senso giuridico²⁸, giacché la nozione di bene è il risultato di un processo di selezione, analisi e qualificazione giuridica²⁹.

²⁶ V. MAIORCA, *L'«oggetto» dei diritti*, Milano, 1939, 79. In senso difforme v. ALLARA, *Dei beni* cit. 33 secondo cui «il termine 'bene' va riferito alla categoria della cosa in senso economico»; nonché DE MARTINO, *Dei beni*, cit., 3. «La nozione di cosa non è naturalistica, ma economico sociale».

²⁷ Pertanto non può condividersi l'impostazione di BIONDI, *I beni*, cit., 16 secondo cui il bene va considerato «come interesse, che costituisce il contenuto del diritto soggettivo», perché il bene è *diverso* dall'interesse il quale costituisce la *relazione* fra il soggetto e il bene. A conferma da tale distinzione è opportuno rimarcare che MAIORCA, *La cosa in senso giuridico*, cit., 14 ha cura di precisare che il bene è ciò che costituisce la nozione dell'interesse in *senso economico* ed infatti lo stesso A. chiarisce (*op. ult. cit.* 16) che la «nozione economica di bene deve intendersi assolutamente estranea alla scienza giuridica». V. pure VULLIERME, *La chose, (le bien) et la metaphisique*, in AA.VV., *Les biens et les choses* ecc. cit. 51 ove si afferma che «toutes les choses du droit sont des incorporelles» perché nel patrimonio non rientra la cosa ma il rapporto che si ha con essa. Il che equivale ad affermare che nel patrimonio rientrano i *beni* e non le *cose*.

²⁸ LEVI, *Teoria generale del diritto*², Padova. 1950, 399: «oggetto del rapporto giuridico non sono né le cose né le persone, bensì i beni giuridici, cioè le qualità delle cose ed contegni delle persone, intesi come termini di umane utilità od interessi, disciplinati dall'ordinamento giuridico».

²⁹ V. MESSINETTI, *Oggettività giuridica* ecc. cit. 105 «quella dei beni è una vera e propria

La nozione di cosa, invece, è pre (e quindi extra) giuridica³⁰: si tratta di un elemento della realtà che viene preso in considerazione dal diritto³¹: se al termine dell'esame si riterrà che esso possa costituire oggetto di un interesse giuridicamente rilevante³² allora quella cosa verrà qualificata come «bene»³³. Non tutte le cose sono beni, ed in questo senso è espresso correttamente l'art. 810 c.c. quando richiede che le cose debbano essere suscettibili di formare oggetto di diritti: il granello di sabbia e la lontana galassia pur certamente esistenti nel mondo della realtà e pur costituendo «cose» non possono essere qualificati come «beni».

La caratterizzazione della cosa quale entità pregiuridica risponde ad una connotazione intrinseca del diritto positivo³⁴: l'aver come punto di

qualificazione e non una semplice classificazione secondo un ordine determinato e caratteri comuni»; nonché SCOZZAFAVA, *I beni ecc.* cit., 39 per il quale il termine bene «esprime una nozione essenzialmente formale come tale, quindi, indifferente alle caratteristiche concrete e naturalistiche dell'entità, assunte a presupposto di fatto»; e COMPORI, *Diritti reali ecc.* cit., 128. Per SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1985 (rist.), 55 sembrerebbe che «bene» sia una *qualità* delle cose, e non una loro qualificazione, nel senso che le cose «debbono essere utili, atte a soddisfare un bisogno umano».

³⁰ ALLARA, *Dei beni*, cit., 30 («la 'cosa' non è certamente un fenomeno giuridico, ma un fenomeno considerato dalla norma di diritto positivo»); nonché PUGLIATTI, «Cosa (teoria gen.)». cit., 20.

³¹ Appare forzata l'affermazione di SACCHI («Cosa», in *D. I.* VIII, 4, Torino, 1926, 214) secondo cui il «concetto di cosa non ha senso».

³² È chiaro da quanto detto, che nella ricostruzione si privilegia il profilo dell'interesse, rispetto a quello della volontà. pur senza occultare che esso, come tutte le costruzioni teoriche, non è del tutto privo di ambiguità e indeterminatezza, soprattutto se si accolgono tesi diverse circa la natura dell'interesse: v. CESARINI SFORZA, *Lezioni di teoria generale del diritto*, I, Padova, 1930, 126 (teoria c.d. soggettiva); BETTI, «Interesse (Teoria generale), in *NN.D.I.*, VIII, Torino, 1962, 838 (teoria c. d. normativa). Sui rapporti fra interesse e oggetto del diritto v. MESSINETTI, «Oggetto dei diritti», in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 808 ss.

³³ NICOLÒ, *L'adempimento ecc.*, cit., 78 «la teoria delle cose si preoccupa, se pure non sempre con perfetta coscienza, di determinare se e quando la cosa in senso fisico possa divenire bene in senso giuridico». Cfr. PINO, *Contributo ecc.*, cit., 833: «La cosa diventa bene in quanto sia oggetto di una particolare considerazione da parte del diritto», e MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale* Milano, 1950, I, 373 «la cosa è per sé entità estragiuridica; è, in certa maniera, un bene allo stato potenziale e tale diventa, quando sia fatta materia di una particolare qualificazione giuridica» (*corsivo omissis*).

³⁴ V. LEVI, in nt. a THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*² (trad. it.) Padova, 1951, 76, nt. gg: «ciò ch'è precisamente oggetto della tutela del diritto, e dei diritti soggettivi, o per meglio dire dei rapporti giuridici, in quanto punto d'incrocio delle pretese e delle complementari prestazioni, è sempre un bene, meglio che una cosa. La cosa può essere il substrato materiale di certi rapporti e diritti, può essere, anzi, ad un tempo il substrato

riferimento necessario il mondo, inteso come tutto quanto è esterno (e quindi altro) alla volontà del soggetto, per disciplinarlo³⁵. In questo senso quando il codice parla di cosa si deve intendere una entità del mondo reale³⁶, così come su scala più ridotta (e banale) quando all'art. 892, 2° co., parla di «siepi di robinie» oppure all'art. 1644 parla di «letame». Per tale ragione non sembra potersi aderire a quella pur autorevole tesi la quale parla di «cosa in senso giuridico»³⁷, in quanto sovrappone la considerazione dell'entità alla sua qualificazione giuridica (in seguito alla quale la cosa acquisisce il titolo di «bene»).

Ma come è vero che non tutte le cose costituiscono beni, non solo le cose rientrano nel novero dei beni³⁸. Ed il fatto che cosa e beni si pongano su piano diverso (la prima su quello della realtà; i secondi su quello dei concetti giuridici) impedisce che i due termini possano essere utilizzati sinonimicamente³⁹.

Le «cose» costituiscono solo una parte delle entità suscettibili di essere

od oggetto materiale di svariati diritti di contenuto diverso».

³⁵ Pertanto non appare condivisibile il pensiero di BRONDI (*I beni*, cit., 9 e 15) secondo cui «che nel pensiero del codice beni siano la medesima entità giuridica risulta dallo stesso art. 810 che definisce i beni come cose», giacché identificando il definito (cosa oggetto di diritti) con la definizione (bene) si riduce quest'ultima a una mera tautologia.

³⁶ Rovescia il problema, ma non convince, VULLIERME, *La chose ecc.*, cit. 34 quando sostiene che delle cose si ha solo una idea (che è ovviamente, immateriale).

³⁷ Il riferimento è ovviamente a MAIORCA, *La cosa in senso giuridico*, cit. La tesi dello A. è sintetizzata sotto lo specifico profilo che interessa in *L'oggetto dei diritti*, cit., 76 ss. Le critiche ivi svolte alla tesi della necessaria corporalità della cosa si fondano su un diverso approccio definitorio (identità fra «cosa» e «bene») che qui non si è accolto, e pertanto non paiono poter essere applicate alle considerazioni svolte nel testo. Per una ampia critica alla teoria della cosa in senso giuridico v. PUGLIATTI, «Cosa (teoria gen.)», cit. 21.

³⁸ Cfr. NATOLI, *La proprietà*, cit., 77, MESSINETTI, *Oggettività giuridica ecc.*, cit., 122; COMPORI, *Diritti reali ecc.* cit., 129, MESSINETTI, *Manuale ecc.*, I, cit., 373.

³⁹ Come fanno invece, SCUTO, *Istituzioni di diritto privato*⁴, I. 1. Napoli s.d. (ma 1943), 293, DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto privato*⁷, I, Milano, Messina, 1948, 473; BURDESE, *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, 1974, 64 ss.; BARASSI, *Diritti reali ecc.*, cit., 144, FERRANTI, *Il libro della proprietà*, cit. 9, PESCATORE, *Della proprietà*², in *Comm. cc.*, Torino, s.d., 2; nel senso indicato nel testo v. DE SEMO *Istituzioni di diritto privato*⁷, Firenze, 1955, 167 (la cosa è un'entità extragiuridica e rappresenta il genere, il bene è un'entità giuridica e rappresenta la specie); SCOZZAFAVA, *I beni ecc.*, cit., 41 («Mero presupposto di fatto» la cosa, «nozione giuridica» il bene); nonché MESSINETTI, *Oggettività giuridica ecc.*, cit., 129 («inconciliabile differenza fra i due termini»). Si noti però che la posizione di MESSINETTI, nella voce «Oggetto dei diritti», cit., 817 appare non del tutto coincidente con quella espressa nell'opera monografica, in quanto distingue fra «cose in senso giuridico» (comprendenti i beni oggetto di godimento e appropriazione esclusiva) e «beni in senso giuridico» (comprendenti i beni oggetto di situazioni non esclusive).

qualificate come beni⁴⁰ e si distinguono dalle altre per il connotato della *corporalità*⁴¹; tale requisito, anche se non conduce ad una certezza assoluta, da un lato rappresenta il criterio discretivo più sicuro (in quanto collegato ad un principio fisico di comune conoscenza e sufficientemente chiaro⁴²), dall'altro corrisponde ad una evoluzione storica di taluni diritti che proprio da tale corporalità hanno tratto la loro conformazione. Per maggiore chiarezza si deve osservare che l'alternativa a tale impostazione appare quella di intendere per «cosa» ogni entità esterna alla volontà del soggetto; ma in tal modo la nozione finisce per diventare troppo generica, da un lato equiparando entità profondamente diverse fra loro; dall'altro costringendo ad operare fra le cose inevitabili sottodistinzioni che finirebbero per escludere qualsiasi utilità e unitarietà alla categoria. Né sembra portare a migliore conclusione una nozione che comprenda fra le cose, oltre a quelle corporali anche alcune entità immateriali⁴³; sia perché il criterio discretivo è più labile, sia perché l'elemento della immaterialità, per la sua connotazione negativa (tutto ciò che non è materiale), necessita di una ulteriore specificazione per individuare le entità cui ci si intende riferire⁴⁴.

⁴⁰ *Contra* BIONDI, *I beni*, cit., 9: «Cosa è qualunque entità, materiale od immateriale, che sia giuridicamente rilevante, cioè sia presa in considerazione dalla legge o può formare oggetto di rapporti giuridici».

⁴¹ Per la più recente riaffermazione del principio v. SCOZZAFAVA, *I beni ecc.* cit., 39, ove ulteriori richiami. BIONDI, *I beni*, cit., 5 obietta che tale precisazione è «arbitraria poiché limita la nozione di cosa all'ambito della proprietà e dei diritti reali, arrivando alla conclusione che gli altri diritti non abbiano come oggetto cose». L'argomento cui si è aggiunto il corsivo non è assolutamente condivisibile e appare una forzatura della tesi «corporalista», giacché è evidente che gli altri diritti *possono* avere ad oggetto delle cose, ma non *debbono* avere ad oggetto entità materiali. D'altronde lo stesso A. pare contraddirsi là dove, successivamente (*op. ult. cit.*, 10) afferma che «vi sono entità che formano oggetto di diritto, senza essere menomamente considerate come cose». Ovviamente, se si parte dalla identificazione fra «cosa» e «bene» è logico che si giunga ad escludere (come fa BARASSI, *Diritti reali ecc.*, cit., 157 ss.) che la corporeità sia «una qualità essenziale per il concetto giuridico di bene».

⁴² Si noti che il progetto preliminare del c.c. forniva la seguente definizione: «Cose nel senso della legge sono tutti gli oggetti corporali o altre entità naturali suscettibili di appropriazione o di utilizzazione» (v. BUTERA, *Il codice civile italiano. Libro della proprietà. Parte prima*, Torino, 1941, 19). Tale definizione riprende chiaramente quella proposta dal MAROI («Cosa», cit. 357).

⁴³ Si tenga presente la opportuna osservazione di ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*³, Milano, 1960, 294 ove chiarisce la necessaria contrapposizione fra creazioni intellettuali e cose o energie, le quali costituiscono il veicolo della loro estrinsecazione.

⁴⁴ V. MAROI, «Cosa», cit., 357 secondo cui «cosa nel senso della legge, sono tutti gli oggetti corporali o altre entità naturali suscettibili secondo la coscienza economico-sociale

Approfondendo il concetto sopra espresso si deve dire che la corporalità della cosa si pone in una relazione biunivoca con la nozione di diritto di proprietà comunemente accolta⁴⁵: per un verso il diritto è, per così dire, incorporato nella cosa, nel senso che è questa a soddisfare l'interesse del soggetto (e con ciò si distingue il diritto di proprietà da altre situazioni giuridiche⁴⁶); per altro verso il diritto di proprietà può avere unicamente per oggetto delle cose, ovverosia delle entità corporali⁴⁷.

di appropriazione o di utilizzazione». È su quest'ultimo sostantivo che si può appuntare la critica giacché, come si vedrà, numerose sono le entità suscettibili di utilizzazione, ma non di appropriazione. Ma si v. sul punto le opportune precisazioni dello stesso A. (*op. ult. cit.* 358). Per una critica alla tendenza ad adattare lo schema del diritto reale ai diritti sui beni immateriali v. COMPORTI, *Diritti reali ecc.* cit., 130.

⁴⁵ Sintomatica, anche se spinta all'eccesso di siffatta relazione è la «voce» di COGLIOLO, «Cose (in genere)», in *Enc. giur. it.*, III, 4. Milano, 1906, 386 ss, ove sotto tale lemma si tratta esclusivamente della proprietà.

⁴⁶ Per la obbligata ristrettezza della sede non si può che rinviare ad alcune delle principali opere come BARASSI, *Diritti reali ecc.*, cit., 14 ss. e 86 ss.; COMPORTI, *Diritti reali ecc.* cit., 68 ss. V. inoltre SANTI ROMANO, «Diritti assoluti», in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 58; «I diritti reali (...) non solo non si possono definire che avendo riguardo al rapporto fra il loro titolare e la cosa, se si vogliono distinguere gli uni dagli altri, ciascuno dei quali ha un diverso contenuto, ma si esauriscono in questo rapporto che suol dirsi interno».

⁴⁷ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali ecc.*, cit., 56; NATOLI, *La proprietà*, cit., 81 («Il diritto di proprietà può avere ad oggetto sempre e soltanto 'cose', cioè beni materiali»); COMPORTI, *Diritti reali ecc.*, cit. 127 ss.; SCOZZAFAVA, *I beni ecc.*, cit., 358 ss. Ovviamente la affermazione riportata nel testo è valida allo stato della legislazione, in quanto nulla impedisce al legislatore, sia pure attraverso una impostazione teoricamente discutibile, di estendere il diritto di proprietà ad entità diverse da quelle materiali. Con ciò si vuole prevenire l'obiezione che altri diritti reali hanno per oggetto entità non corporali (ad es. l'usufrutto di diritti, come fa BIONDI, *I beni*, cit., 30), e quindi la tesi della necessaria corporeità dell'oggetto dei diritti reali sarebbe inconsistente. Sul piano metodologico una tale obiezione appare viziata da una rappresentazione dell'ordinamento giuridico (e della teoria che su di esso costruisce) come un sistema astratto, di pura logica formale. Mentre invece esso ha per oggetto il mondo ed i comportamenti umani, necessariamente difforni, disomogenei, imprevedibili. Sicché si possono individuare delle regole per le situazioni statisticamente più ricorrenti, ma nel tempo stesso si devono prevedere delle eccezioni. Queste ultime rimangono tali e non possono essere utilizzate per inficiare la validità della regola. In concreto, dal fatto che sia possibile costituire l'usufrutto di un credito (eccezione, peraltro, *normativamente* prevista dall'art. 1265 c.c.) non si può far discendere la regola che i diritti reali, e quindi anche la proprietà, possano avere ad oggetto delle entità non corporali.

5. *Le altre entità suscettibili di essere qualificate come beni*

Alla netta delimitazione della nozione di cosa occorre ora far seguire una coerente articolazione delle altre entità suscettibili di essere qualificate come beni. Innanzitutto non sembra che requisito essenziale debba essere la patrimonialità: non solo esistono cose le quali pur prive di rilevanza patrimoniale (ad es. tutte quelle cose che hanno un valore affettivo) cionondimeno sono oggetto di un interesse giuridicamente rilevante e tutelato e quindi costituiscono dei beni, ma anche entità eminentemente non patrimoniali (ad es. la salute, la reputazione) costituiscono il punto di riferimento di precisi interessi giuridici cui è offerta una primaria ed articolata protezione da parte dell'ordinamento. L'elemento della patrimonialità dunque rileva, ma solo in un momento successivo alla qualificazione, determinando l'applicazione di particolari discipline e consentendo che il bene possa essere oggetto di determinate operazioni giuridiche. Il che si comprende considerando che un determinato bene per taluni soggetti e in talune occasioni può avere unicamente un carattere non patrimoniale, mentre per altri soggetti o in altre occasioni può rivestire un chiaro aspetto patrimoniale.

6. *Segue. Le prestazioni*

Tuttavia la patrimonialità è un indizio altamente rivelatore: non tutte le entità che ricevono la qualifica di beni hanno natura patrimoniale, ma quelle con natura patrimoniale sono più suscettibili di formare oggetto di interessi, e ciò non in base a mere considerazioni fattuali (il soggetto del diritto privato è essenzialmente un *homo oeconomicus*) bensì anche a precisi riferimenti normativi. Si può opportunamente introdurre a questo punto il discorso sulle prestazioni. In passato, per includere le prestazioni fra i beni, si è sostenuto che esse avrebbero, in fondo, come punto di riferimento finale una cosa la quale verrebbe trasferita o attribuita ad un soggetto (si pensi alle prestazioni di dare), senonché si è correttamente obiettato che spesso tale elemento materiale è del tutto assente (si pensi ad una prestazione intellettuale o di *non facere*)⁴⁸.

A ben vedere è del tutto irrilevante che la prestazione sia in qualche modo collegata ad una cosa; essa è un bene in sé quando diventi oggetto

⁴⁸ V. BIONDI, *I beni*, cit., 17, il problema è ampiamente trattato da SCOZZAFAVA, *I beni*, ecc., cit., 77 ss.

di rapporti giuridici⁴⁹ e noi sappiamo che ciò avviene essenzialmente attraverso lo schema dell'obbligazione la quale nel nostro ordinamento (art. 1174) deve avere per oggetto una prestazione suscettibile di valutazione economica. In altri termini l'elemento della patrimonialità, consentendo ad una prestazione di formare oggetto di rapporti giuridici, la qualifica giuridicamente e le attribuisce natura di bene⁵⁰.

7. Segue. *Le situazioni: il problema dell'«ambiente»*

Accanto alle più tradizionali categorie delle cose e delle prestazioni, il catalogo dei beni comprende una molteplicità di altre entità la cui classificazione si presenta non facile e, comunque, in larga parte affidata alla valutazione dell'interprete. Cionondimeno è possibile cogliere alcuni elementi costanti che vale la pena di evidenziare, pur con la doverosa avvertenza che trattandosi di entità pre (e quindi extra) giuridiche l'intervento ordinatorio del giurista ha finalità eminentemente, e più che mai, pratiche e non può pretendere di assurgere a principio dogmatico.

Fra queste entità diverse molte di esse possono essere accomunate dalla qualifica di «situazioni». Mentre le cose si caratterizzano per la loro corporalità e le prestazioni per un *facere* (anche se talvolta negativo), la situazione è caratterizzata dall'essere. Per la sua sussistenza non è necessario l'intervento di un terzo (mentre la prestazione in genere la presuppone), bensì essa rileva per il diritto in sé e per sé in quanto il soggetto rivolge ad

⁴⁹ V. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali* ecc. cit., 56; MESSINEO, *Manuale ecc.*, cit. I, 373; NICOLÒ, *L'adempimento ecc.*, cit., 80 si chiede se «il bene in relazione al quale è predisposta la tutela giudica» sia l'attività dovuta dall'obbligato oppure ciò a cui è diretta tale attività e argomentatamente esclude che la risposta corretta possa rinvenirsi nella prima soluzione. Ma ci si può chiedere come si adatti tale tesi nel caso di obbligazioni di puro servizio in cui «ciò a cui sono dirette» è più che immateriale, impalpabile (ad es. la prestazione del pianista) e nelle c.d. obbligazioni di mezzi.

⁵⁰ Cfr. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales»* ecc. cit., 1149. Per PUGLIATTI «Beni (Teoria gen.)», cit., 169, invece, il servizio costituirebbe un'entità economica la cui esatta qualificazione giuridica è quella di prestazione debitoria la quale interessa non in sé bensì in funzione del diritto di credito. Secondo SCOZZAFAVA, *I beni ecc.*, cit. 411 ss. i servizi «dal punto di vista fisico, non hanno alcuna autonomia, indentificandosi con la persona stessa in azione» (ivi, 441); la problematica è estremamente rilevante in quanto, i servizi, per definizione, non attribuiscono al creditore una nuova entità materiale e quindi si può esaminare il rapporto concentrando l'attenzione sulla prestazione. Epperò non pare del tutto convincente la tesi dell'A. ult. cit., giacché per tutte le entità non materiali l'affermazione di autonomia non può discendere da un dato fisico, bensì da una convenzione sociale e/o giuridica.

essa il proprio interesse confidando che altri non interferiscano (s'intende, negativamente) con essa, e a tal fine è articolata la tutela dell'ordinamento⁵¹. Vi sono situazioni di fatto, caratterizzate dall'essersi creato nella realtà uno stato di cose o di rapporti che presentano un interesse per il soggetto: l'esempio più evidente è quello dell'avviamento⁵².

Ma vi sono profili diversi quali ad esempio le qualifiche professionali e le aspettative. E in questa categoria pare potersi inquadrare inoltre la dibattuta figura delle universalità di diritto.

⁵¹ L'ambiente è un bene? Nel campo del diritto pubblico i «beni ambientali» sono da tempo entrati nel novero dei beni pubblici (v. GIANNINI, «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, RTDP, 1973, 15 ed ora ripubblicato in ALMERIGHI-ALPA (a cura di), *Diritto e ambiente*, Padova, 1984, 29 ss.). Ma non manca chi evidenzia le «polisemie continue» del termine, in mancanza di «una nozione unitaria che non sia talmente ampia da essere scarsamente significativa» così PREDIERI «Paesaggio» in *Enc. dir.*, Milano, 1981, 507. Per un esplicito riconoscimento legislativo si v. da ultimo la l. 8-7-1986 n. 349, istitutiva del Ministero dell'ambiente contenente «Norme in materia di danno ambientale». Per il diritto privato, invece, se si accoglie la definizione iniziale secondo cui sono beni le entità suscettibili di formare oggetto di diritti (s'intende, privati), occorre verificare se e quando l'ordinamento civilistico attribuisca rilevanza (e quindi tutela) all'interesse per l'integrità della situazione ambientale. Sul punto v. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979 (in part. 29 ss) il quale condivide la qualificazione del diritto all'ambiente come diritto della personalità e pertanto ritiene che «il bene tutelato inerisce alla persona medesima del titolare e non è identificabile in beni a lui estranei». Di diverso – e più condivisibile – avviso DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Padova, 1982, ove, oltre alla significativa collocazione fra virgolette del termine, si precisa (*ivi*, 13) che «l'estrema difficoltà di isolare una nozione omogenea e non vaga del 'bene' da tutelare, sconsiglia tuttora l'aggancio della tematica ambientale a situazioni giuridiche soggettive diverse e di vario contenuto»; e, oltre (14), «se non si individua, perciò, il *titolo* giuridico per il quale il soggetto individuale o collettivo è titolare dell'utilità che deriva dall'ambiente, non è consentito scorgere in quest'ultimo un unitario bene giuridico». Implicitamente sembra cogliersi un orientamento non dissimile in SALVI, *Le immissioni industriali*, Milano, 1979, 352 ss. laddove afferma che gli «strumenti civilistici possono offrire un contributo molto limitato alla protezione dell'ambiente, che può essere adeguatamente assicurata solo da un'incisiva regolamentazione pubblicistica». V. inoltre PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Napoli, 1984, 399 per il quale «la tutela dell'ambiente» [anche qui significative sono le virgolette] si identifica con il grado di protezione della particolare situazione soggettiva cui è occasionalmente collegata; nonché FRANCIOSI, *Le destinazioni della proprietà a tutela del paesaggio*, Napoli 1986, 27 ove pur indicando nella recente (art. 18, l. 8-7-1986, n. 349) disciplina del «danno ambientale» un possibile «fondamento unitario della categoria dei beni ambientali», ne contesta la qualifica di diritto della personalità e «evidenzia la caratteristica di «beni per loro natura inappropriabili e insuscettibili di godimento, almeno nel senso tradizionale del termine».

⁵² Ma v. *contra* ALLARA, *Le nozioni ecc.*, cit., 283.

8. Segue. *Il pensiero estrinsecato; la pretesa categoria dei «beni immateriali»*

Una seconda categoria nella quale si possono raccogliere un crescente numero di entità giuridicamente rilevanti è quella del pensiero⁵³ estrinsecato⁵⁴. L'attributo appare necessario per distinguere il pensiero puro e semplice (che del caso potrà costituire aspetto rilevante della salute o del benessere psichico) da entità che si rivolgono all'esterno assumendo una qualche forma comunicativa. Di solito si parla di tali entità come «beni immateriali» ma la definizione non soddisfa e presenta anzi una vistosa contraddizione, infatti, se la nozione di «bene» è tutta giuridica, essa necessariamente prescinde da attributi quale «materiale» o «immateriale» (come pure «mobile» o «immobile») i quali appartengono esclusivamente al mondo della realtà e non a quello dei concetti giuridici, pena un fuorviante (si scusi il bisticcio) materialismo. L'espressione, ormai entrata nel comune lessico giuridico, si potrà accettare solo se ne sarà previamente chiarita la forma sintetica rispetto al più preciso concetto di beni aventi ad oggetto entità immateriali. Nella categoria rientrano, per tradizione, le opere dell'ingegno, le invenzioni ed i modelli industriali. Rinviando alle specifiche trattazioni per una più approfondita disamina delle loro caratteristiche, quel che interessa soprattutto rilevare in questa sede più generale è che la connotazione negativa delle entità non materiali fa sì che la loro individuazione necessiti di un ulteriore atto di specificazione, in questo caso l'espresso intervento del legislatore⁵⁵. In altri termini l'attributo di «immateriale» non avvicina in alcun modo l'interprete a meglio conoscere la realtà che deve essere disciplinata, giacché sotto di esso sono raccolte una congerie di ipotesi, fra loro diversissime, e accomunate unicamente dall'assenza di corporalità, ed il suo uso vale né più né meno di quanto potesse valere nell'antica cartografia la frase «*hic sunt leones*» apposta sulle terre inesplorate⁵⁶.

⁵³ Sul termine «idea» e la sua natura polisemantica che ne rende «sconsigliabile» l'uso v. ARE, *Loggetto del diritto d'autore*, Milano, 1963, 87.

⁵⁴ Il requisito dell'estrinsecazione appare fondamentale: v. ARE *Loggetto ecc. cit.*, 78.

⁵⁵ V. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» ecc. cit.* 1181; SCOZZAFAVA, *I beni ecc. cit.*, 127; R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali. Saggio di una critica del concetto*, RDI, 1956, I, 421 («non sono i beni immateriali che costituiscono un *numerus clausus*, ma al contrario, sono le creazioni dell'ingegno che sono protette solo in ipotesi tipiche»); ASCARELLI, *Teoria della concorrenza ecc. cit.* 299 s. ove osserva che mentre nel caso delle cose materiali è sufficiente una norma che identifichi la fattispecie costitutiva del *diritto*, per le creazioni intellettuali è necessaria una disciplina normativa della fattispecie costitutiva del *bene*.

⁵⁶ V. R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali ecc. cit.* 390: «non ci si preoccupa più tanto di

Il più grave difetto dell'uso del termine «immateriale» appare però consistere nel creare una fittizia equiparazione di entità estremamente distanti fra loro, inducendo a tentare la strada dell'analogia per risolvere casi non previsti, sulla erronea supposizione di un comune sostrato, il quale, però, come s'è visto è solo negativo⁵⁷.

Ne consegue che per il pensiero estrinsecato, come per altre entità non materiali, la qualificazione come bene costituisce per lo più un'eccezione⁵⁸ soggetta alla presenza di una molteplicità di requisiti (ad es. novità, originalità, industrialità ecc.⁵⁹).

precisare in via positiva la categoria dei beni immateriali, ma, al contrario, si cerca di farlo in via negativa attraverso la precisazione di quella dei beni materiali». E lo stesso A. nel suo *Trattato di diritto industriale. Parte generale*, II. Milano, 1973 (rist.) 575 ha apposto all'intero paragrafo che tratta l'argomento la testatina «Pseudocategoria dei beni immateriali».

⁵⁷ V. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 251, il quale parla a proposito della «c.d. proprietà dei beni immateriali» di una generalizzazione verbale e di «diritti di vario contenuto, relativi ad interessi che presentano soltanto generiche analogie, e non si inquadrano in uno schema unico»; nonché COMPORTI, *I diritti reali ecc.*, cit., 120. Ancor più drasticamente, seppure su un diverso presupposto v. R.FRANCESCHELLI *Beni immateriali ecc.* cit. 394: «la categoria dei beni immateriali non solo non è una categoria legislativa (..), ma non è neanche una categoria dogmatica, perché da essa non si possono ricavare direttamente regole che valgano per ogni nuovo problema che sorga nell'ambito della categoria stessa, regole che sono ispirate o dedotte da principi generali e non è neanche una categoria scientifica perché non aiuta a scoprire nuove leggi delle cose o nuovi veri, e non è neanche una categoria logica perché il suo carattere arbitrario e intimamente disorganico e contraddittorio è palese»(*corsivo omissis*).

⁵⁸ R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali ecc.* cit., 426.

⁵⁹ Ciò vale, a maggior ragione, ad escludere che si possa parlare di «proprietà intellettuale». V. il monito di NATOLI, *La proprietà*, cit. 84 ad «evitare di servirsi di questo termine [proprietà] per qualificare fenomeni che, a prescindere da analogie del tutto esteriori o giuridicamente non apprezzabili, hanno ben diversa natura e rilevanza». Nello stesso senso SCOZZAFAVA, *I beni ecc.*, cit., 460 il quale nega che le regole giuridiche della proprietà siano applicabili alle creazioni intellettuali in quanto si fondano su un presupposto di fatto radicalmente diverso. La tesi trova ampio conforto nella dottrina romanistica v. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, (trad. it.), I, Torino, 1925, 480, nt. 10 («Ma se di conformità si parla di una proprietà intellettuale (...) questa espressione, certo, è di valore assai dubbio in quanto si presta a indurre nell'errore, che qui i principi della proprietà sulle cose materiali siano senz'altro regolatori»). SCIALOJA, *Teoria della proprietà ecc.* cit., I, 29, BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, 1 cit., 8. Ma v. contra FINOCCHIARO, *Sistema di diritto industriale*², 1, Padova, 1932, 183 ss.; CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, 21 il quale parla di un «nuovo tipo di proprietà» della quale però, ammette, «non se ne conosce ancora, con esattezza, né l'oggetto né il contenuto». Non mancano però opportune precisazioni, ad es. chiarendo che si tratta di una seconda specie di diritti assoluti, accanto alla proprietà del codice civile (*ivi*, 26). Persino uno strenuo fautore della natura reale del diritto d'autore, L. FERRARA, *Il diritto reale di autore*, Napoli,

9. Segue. *I diritti*

Infine una terza categoria può essere individuata nei diritti. La conseguenza logica è che se i beni sono l'oggetto del diritto, quando il bene è un diritto si avrà la figura del diritto su diritto. Si tratta di una figura di antica tradizione e ampiamente diffusa nei diversi ordinamenti, che si inserisce perfettamente nell'abbozzo di teoria dei beni fin qui delineato⁶⁰. La nozione di bene è – lo si ripete ancora una volta – tutta giuridica e quindi ideale; essa, secondo la definizione che se ne è data, corrisponde ad un processo di qualificazione di entità verso le quali si rivolge l'interesse del soggetto. È il legislatore e – sulla sua scia – l'interprete a stabilire quali entità possano, oppure non possano, essere qualificate come beni; in questa operazione egli non incontra altri limiti che quello di non contraddizione; come attribuire rilevanza ad entità che non esistono *in rerum natura* (ad es la riservatezza, l'azienda) così nulla sembra vietare che egli estenda la qualifica ad altre entità altrettanto ideali⁶¹.

Una contestazione di contraddittorietà potrebbe però essere quella che se il diritto è un bene, allora tutto è bene⁶², ma l'obiezione appare

1940, è costretto ad ammettere che la realtà della proprietà intellettuale non è e non può essere identica alla realtà della proprietà ordinaria delle cose materiali. Più recentemente ripropongono la tesi del diritto d'autore come diritto di proprietà ARE, *Loggetto del diritto* ecc., cit., 297; e COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976, 213 ss. (con riferimento anche e soprattutto alla ditta, l'insegna e il marchio). Per una sintesi della genesi storica del concetto di «proprietà letteraria» e del ruolo (contrapposto) svolto da Kant e da Fichte v. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, I, Torino, 1913, 229 ss.

⁶⁰ Il tema è ampiamente sviluppato in una prospettiva storica da PUGLIESE, *Dalle «res incorporales»* ecc. cit. 1149 ss.

⁶¹ Ma v. l'obiezione di NATOLI, *La proprietà*, cit., 79 s. secondo cui nella pretesa figura dei diritti su diritti la funzione del bene è esplicita «non tanto da un diritto, quanto dal relativo oggetto».

⁶² BIONDI (*I beni*, cit., 5 e 27) utilizza il dettato dell'art. 813 c.c. («le disposizioni concernenti i beni immobili si applicano anche ai diritti reali») per sostenere che se, ex art. 810 c.c., «beni sono le cose che 'possono formare oggetto di diritti' posto che i beni mobili ed immobili sono indubbiamente cose bisogna concludere che i diritti siano cose» (27). Si tratta di una evidente forzatura logica: estendere una disciplina non significa affatto equiparare i fenomeni disciplinati. Seguendo tale ragionamento si verrebbe a sostenere l'identità tanto – per fare alcuni esempi – fra usufrutto, uso e abitazione (ex art 1026 c.c.); fra permuta e vendita (ex art. 1555 c.c.); fra deposito irregolare e mutuo (ex art. 1782); e così via dicendo. Ed infatti l'argomentazione dell'A. incespica poco dopo (*op. ult.* cit., 28) quando afferma che «nel novero dei diritti considerati come cose non si può annoverare il diritto di proprietà». Sul punto v le critiche di SATTA, *Cose e beni* ecc. cit. 354, nt. 9; di NATOLI, *La proprietà*, cit. 79; nonché di PUGLIATTI, «Cosa (teoria gen.)», cit. 34. In

fortemente influenzata dai paradossi zenoniani⁶³. Se è vero che i diritti possono costituire dei beni, in concreto essi assumono tale qualifica solo quando effettivamente essi formano oggetto di un altro diritto, e cioè in un numero limitato di casi nei quali si assiste ad una figura complessa – non infrequente nei sistemi giuridici – costituita dalla sovrapposizione, ad un primo diritto avente ad oggetto un bene, di un secondo diritto, che lasciandolo intatto, ha per oggetto il primo⁶⁴.

In realtà, se un'osservazione può essere mossa alla categoria dei diritti come beni è che si tratta di una categoria necessariamente derivata: per esistere, il diritto originario deve avere già per oggetto un bene; si assiste quindi ad una qualificazione, per così dire, di secondo grado, il che accentua i connotati di astrattezza della nozione in esame.

10. *Il rapporto (necessario) fra natura del bene e struttura del diritto. Il paradigma del diritto di proprietà. Il caso della «moneta»*

Dal quadro ora abbozzato si può trarre una ulteriore, anch'essa approssimativa, indicazione: la struttura del diritto, vista sia nel suo aspetto per così dire «fisiologico» (poteri, facoltà, obblighi) sia nel momento «patologico» (cioè dei rimedi), è strettamente connessa alla natura del bene che ne è l'oggetto⁶⁵ nel senso che a seconda dell'oggetto, il diritto si articola in modi diversi cercando di aderire il più possibile a quella entità che è stata qualificata come bene⁶⁶. Si tratta come è facile capire di una intuizione

senso inverso ZATTI, COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 1987, 119: «bene è ogni diritto esistente nel patrimonio di una persona». La tesi non pare in questi termini, condivisibile perché generalizzando equipara la situazione giuridica al suo oggetto, mentre, invece, il diritto diventa un bene solo nella misura in cui esso sia obiettivato.

⁶³ Per un esempio v. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali*, cit., 419.

⁶⁴ Pertanto non appare, nuovamente, condivisibile la tesi di BIONDI (*I beni*, cit. 30) secondo cui «coloro che limitano la nozione di cosa alle cose corporali necessariamente sono costretti ad ammettere che quei rapporti [usufrutto di diritti, pegno di diritti] hanno come oggetto non diritti ma cose corporali». Di nuovo, l'eccezione espressamente prevista viene utilizzata non per disciplinare alcune, ristrette, fattispecie anomale, bensì per scardinare la regola. Si v. invece, la prospettazione di PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» ecc.*, cit., 156 del diritto su un diritto come forma di scomposizione del primo; nonché COMPORTI, *Diritti reali ecc.*, cit., 124.

⁶⁵ V. MESSINETTI, *Oggettività giuridica ecc.*, cit., 71 per il quale l'elemento materiale svolge la funzione di «determinare il contenuto del fenomeno giuridico».

⁶⁶ Si vedano in proposito le conclusioni di PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» ecc.*, cit., 1181

ampiamente colta in passato e fondata sulla constatazione che l'autore della norma tende ad essere lo stesso soggetto che poi ne trae giovamento, sicché è naturale che egli ricerchi le forme più adeguate per l'affermazione e la protezione del proprio interesse⁶⁷.

Ciò non implica però, né che in relazione ad un singolo bene possa costruirsi un solo diritto, giacché è di tutta evidenza che le potenzialità del bene siano suscettibili di dare vita a più interessi⁶⁸, ciascuno esplicantesi in maniera diversa, né, tantomeno, che la natura del bene sia l'unico fattore che influenza la struttura del diritto⁶⁹ e l'esperienza comparatistica dimostra quanto ciò sia vero soprattutto in relazione ai diritti reali⁷⁰.

Tuttavia, l'esame del diritto assumendo come punto di partenza la natura del bene⁷¹ appare imprescindibile per evitare alcune pericolose

s.: «non esistono cose oggettivamente appropriabili e cose oggettivamente inappropriabili in senso assoluto. Esistono cose di cui è più facile, in linea di fatto, riservare l'uso e il godimento a un singolo soggetto, escludendone gli altri, e cose rispetto a cui tale riserva e la corrispondente esclusione sono, sempre in linea di fatto, più difficili». «Dal punto di vista giuridico, poi, una cosa è appropriabile e non appropriabile, se esiste o non esiste un precetto, una regola, una norma» in tal senso. «A sua volta, l'esistenza o inesistenza di simile precetto, regola o norma (...) dipende ovviamente da una valutazione degli organi preposti in ciascun ordinamento alla formazione del diritto. Questi terranno conto della minore o maggiore o anche massima difficoltà di riservare l'uso o un certo uso e la disposizione o una certa disposizione della cosa a singoli soggetti, ma inoltre soprattutto delle ragioni etiche, sociali, economiche, in definitiva politiche che possono indurre a stabilire o non stabilire con gli opportuni mezzi giuridici quella riserva a favore di dati soggetti».

⁶⁷ Evidenzia il rilievo che assumono le forme di tutela nelle situazioni reali *COMPORI, Diritti reali* ecc. cit. 67 ss.; tuttavia si deve avvertire il rischio che, nella prospettazione di tale A., si capovolgono i termini della questione e cioè che se si afferma che sono diritti reali quelli dotati di una particolare tutela, ciò non consente però di stabilire quando tale tutela si applichi.

⁶⁸ Il punto è esemplarmente chiarito da NICOLÒ, *L'adempimento* ecc., cit., 84, laddove, precisando che la distinzione fra diritti reali e diritti di credito non può essere impostata su una diversità qualitativa del loro oggetto, giacché entrambi fanno diretto riferimento al bene, afferma che la differenza discende «dal diverso modo con cui la norma pone la relazione fra soggetto attivo e soggetto passivo del rapporto dal punto di vista dell'oggetto».

⁶⁹ V. PUGLIATTI, «Beni (teoria gen.)». cit., 188 il quale evidenzia i caratteri di elasticità e di relatività del concetto di bene.

⁷⁰ V. *infra*, il par. 11.

⁷¹ A tal proposito è sintomatica la vicenda della moneta e dei diritti su di essa ancorché si sia in presenza di un'entità corporale, progressivamente vi è stato un processo di smaterializzazione del danaro dovuto (anche) alla sua fungibilità e facilità di circolazione, e definitivamente concluso con l'esclusione di valore intrinseco dei pezzi monetari (banconote) e l'impossibilità di conversione dei medesimi in valori intrinsecamente tangibili. Sicché dalla *proprietà* di pezzi di danaro, si è passati alla titolarità di un'*obbligazione*

confusioni. Prima fra tutte la tendenza, ricorrente nella storia del diritto, ad estendere la struttura del diritto di proprietà a situazioni giuridiche ben diverse: dai diritti della personalità alle opere dell'ingegno, ai crediti⁷². Seppure è comprensibile il ruolo di pietra di paragone assunto dal diritto di proprietà nella storia non solo giuridica ma dell'intera esperienza sociale, tuttavia non sfugge come la struttura che si è conformata nell'arco di millenni ad una entità corporale⁷³, risulti deformante quando trasposta su entità profondamente differenziate⁷⁴.

pecuniaria. Da questa, poi, si è ritornati, in parte, verso una materializzazione attraverso il fenomeno della cartolarità dei titoli di credito (cui sui v. *infra* nt. 77). Il fenomeno è analizzato approfonditamente da ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928 (in part. per le vicende storiche 3 ss.) ove è svolta una ampia critica alle tesi di NUSSBAUM, *Das geld in theorie und praxis des Deutschen und ausländischen rechts*. Tubinga, 1925. La posizione di ASCARELLI è stata successivamente riproposta ed ampliata in *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1959 (v. 12 ove sottolinea la funzione di unità di misura della moneta la quale «non costituisce come tale una cosa, oggetto di diritti reali o un possibile oggetto di prestazione»). Per un recente e analitico riesame della questione v. INZITARI, *La moneta, in Trattato Galgano*. VI, Padova, 1983, in part. 7 ss. nonché MAZZONI, *La funzione del danaro nei contratti di credito*, in MAZZONI-NIGRO (a cura di), *Credito e moneta*, Milano, 1982, 545 ss. ove si evidenzia in particolare il nesso fra consumabilità della cosa (danaro) ceduta e restituzione del suo valore in una dimensione che è chiaramente contrattuale.

⁷² In questa sede si può solo accennare al dibattito suscitato anche nella nostra dottrina dal libro di GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance* (Parigi, 1960) di cui filo conduttore è la «proprietà» dei diritti di credito: una tesi che sia pure depurata dei suoi accenti più drastici e proposta sotto una diversa visuale si può cogliere in GIORIANNI, *Diritti reali* cit., 748 ss., il quale evidenzia come vi sarebbero diritti reali privi di assolutezza, e diritti di obbligazione caratterizzati dall'inerenza della cosa. Per una ampia disamina (e critica) della tesi di Ginossar (e dell'approfondimento di Giorgianni) v. PUGLIESE, «*Diritti reali*» cit., nonché ID. *Dalle «res incorporales»* ecc., cit. 1152 ss.; e COMPORTI, *Diritti reali* ecc., cit., 60 ss. Sotto un altro profilo si v. la posizione di BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1984; e di PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1984, 457 ss. (ove rifiuta la netta contrapposizione fra situazione reale e situazione creditoria).

⁷³ Come osserva SCOZZAFAVA *I beni* ecc., cit., 44 «storicamente è accaduto che, se pure con delle eccezioni non trascurabili, tutti i beni in senso giuridico sono coincisi, a livello di fatto, con le cose, ossia con le entità caratterizzate dal tratto della corporalità».

⁷⁴ V. già SCIALOJA *Teoria delle proprietà*, cit. I, 29 nt. 1: «La proprietà è un diritto che ha un dato contenuto; se questo contenuto si applica a certi oggetti avrò la proprietà, ma se per applicarlo a certi altri dovrò variare il contenuto essenziale del rapporto giuridico, potrò, volendo parlare ancora di proprietà. Ma non si tratta certo dello stesso rapporto giuridico». V. inoltre PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 250: «le peculiarità sulle quali si modellano le fondamentali caratteristiche strutturali delle proprietà, sono legate alla materialità della cosa, da cui nasce il carattere di assolutezza, per l'immediatezza del

Non si pensa, certo, che tali tentativi siano frutto di ingenuità: è fin troppo evidente che il perpetuo ritorno al modello proprietario è in larga parte condizionato dalla immediatezza dei poteri che sono concessi al titolare e dall'efficacia dei rimedi⁷⁵. Senonché le pur legittime e fondate esigenze di tutela non possono indurre l'interprete a trasformare una categoria giuridica in un letto di Procuste al quale debba, con la forza, essere adattata ogni altra situazione giuridica⁷⁶.

È per questo motivo che la nozione di cosa, intesa come entità corporale, appare porsi non come limite bensì come fattore di chiarezza rispetto a tendenze particolaristiche⁷⁷. Ed induce l'interprete ad estrema

rapporto, e il carattere di esclusività, per la fisica incompatibilità di due rapporti immediati in solido (...). Se si prescinde da codesta relazione, e se ne deve necessariamente prescindere quando si ipotizza l'immaterialità dell'oggetto, non si può più parlare di proprietà, se non per via di traslati e di indebite generalizzazioni». Le considerazioni di Pugliatti portano a negare validità all'approccio di SATTA, *Cose e beni* ecc., cit. 354, il quale tende a definire le nozioni di cosa e di bene partendo dai rimedi offerti.

⁷⁵ In tal senso va richiamata la distinzione di PUGLIESE, *Dalle «res incorporales»* ecc., cit., 1155 fra «proprietà» e «titolarità». Secondo SCOZZAFAVA, *I beni* ecc., cit., 193 il diritto di proprietà «costituisce solo una delle possibili tecniche (modalità d'uso delle risorse) mediante cui ai privati è dato appropriarsi in forma esclusiva dei beni» ed esso ha «come presupposto di fatto un rapporto di tipo possessivo e come oggetto un bene corporale». Si deve però osservare che le altre tecniche – per ragioni scaturenti dalla natura dell'entità cui si riferiscono – non sono in grado di garantire e tutelare in modo altrettanto efficace l'interesse del soggetto per cui l'affermazione di un diritto di esclusiva appare, spesso, una petizione di principio.

⁷⁶ Come osserva PUGLIESE, «Diritti reali», cit., 776 con riferimento alla «crisi» dei diritti reali può darsi che essa si concluderebbe con la scomparsa più o meno integrale dei diritti reali: «può darsi pure che essa porterebbe alla configurazione di diritti reali di nuovo tipo o magari all'adattamento dei tipi tradizionali. L'esperienza di due millenni non permette di escludere nessuna di tali ipotesi. Intanto, non essendo giunti a quella svolta, né sapendo se e come vi si giungerà, possiamo continuare a parlare di diritti reali».

⁷⁷ In questo senso si possono inquadrare alcuni fenomeni di grande rilievo giuridico: per un verso si è tentato, attraverso il fenomeno della cartolarità di attribuire una «realità» al credito, aumentando sia la sfera di tutela che la circolazione del diritto. V. per la dottrina più risalente BONELLI, *Della cambiale, dell'assegno bancario e del contrano di conto corrente*, Milano 1930, 39 (ove parla di «credito obbiettivo»); CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 189 ss.; VALERI, *Diritto cambiario italiano*, I, Milano, 1936, 192 ss. Per una critica alla teoria proprietaria DE SEMO, *Trattato di diritto cambiario*, Padova, 1953, 159. Per un recente riesame nella teoria dei beni v. COMPORTI, *Diritti reali*, ecc., cit., 114. Dall'altro si è assistito ad un fenomeno con il quale si è tentato di relativizzare alcune situazioni che ponevano il soggetto in una posizione di immediato e (quasi) esclusivo contatto con la cosa: si pensi alla locazione ed ai contratti agrari. Sul punto v. COMPORTI, *Diritti reali* ecc., cit., 106; per una sintesi delle teorie a favore della «realità» della locazione v. TABET, *La locazione conduzione*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano 1972, 100 ss.; MIRABELLI, *La locazione*,

prudenza nell'ampliarne la portata⁷⁸ Una cautela che sembra talvolta essere mancata al legislatore laddove ha ritenuto di poter equiparare alle entità materiali altre entità (ad es. le energie) in rapporto alle quali l'interesse del soggetto si articola in modo diverso⁷⁹.

in *Trattato Vassalli*, Torino, 1972, 29 ss. Fra le voci più recenti contrarie alla «realità» del rapporto V. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali ecc.*, cit., 46, nt. 148; NATUCCI *La tipicità dei diritti reali*. Padova, 1982, 147 ss. Con riguardo a questi ultimi aspetti si deve osservare che mentre è possibile *diminuire* la tutela di talune situazioni, non è altrettanto facile *augmentarle*. Significativo è il fatto che pur godendo di un regime privilegiato i titoli di credito rimangono pur sempre all'interno del diritto delle obbligazioni.

⁷⁸ Prudenza che trova la sua espressione dottrinale nel principio della tipicità dei diritti reali, ed il collegamento fra nozione di cosa e *numerus clausus* dei diritti reali è chiaramente colto – anche se per avversarlo – da MESSINETTI, *Oggettività giuridica ecc.*, cit., 125; sulla natura chiusa dell'ordinamento vigente v. pure SCOZZAFAVA *I beni ecc.*, cit., 144.

⁷⁹ L'art. 814 c.c. (ed il suo precedente penale, art. 624. 2° co., c.p.) se risolve il problema sul piano normativo chiarendo quale disciplina si debba applicare alle energie, lascia insoddisfatti circa l'effettivo contenuto dei diritti su di esse. Infatti, già con l'affermare «si considerano beni mobili» si riconosce che le energie sono *altro* dalle cose (cfr. NATOLI, *La proprietà*, cit., 81). Ma soprattutto resta tutto da chiarire in che modo si espliciti, ad esempio, la «proprietà» di energie o, per vedere la questione dal punto di vista della tutela, come possa essere lesa la proprietà di energie. E ciò in quanto sia diritto che tutela si sono conformati secondo lo schema della corporalità, il quale stenta a modellarsi ad entità diverse. Sicché sembra che, poiché gli articoli in questione pongono più problemi di quanti ne risolvono, sarebbe forse stata più opportuna una disciplina *ad hoc*. Si v. in proposito i dubbi che sorgono alla lettura delle altre norme che secondo ALLARA (*I beni*, cit., 66 s.) si applicherebbero anche alle energie. Innanzitutto c'è da chiedersi *cosa e quali* siano le energie previste dall'art. 814 c.c. (v. la perplessità di DE MARTINO, *I beni* cit., 29). La risposta di BONDI, *I beni*, cit., 37 («Una precisa definizione di energia per noi non è necessaria, ed anzi la stessa nazione che possono darci i fisici sarebbe forse pericolosa nel campo del diritto. Tutti abbiamo una certa intuizione di energia ed è appunto a questa intuizione che bisogna richiamarsi ai nostri fini piuttosto che ad una precisa definizione rigorosamente scientifica») appare del tutto inaccettabile. Per fare solo un esempio dell'importanza della qualifica, basti richiamare fenomeni della crescente diffusione dell'energia solare (v. PASCUZZI, «L'accesso al sole» nella «common law» statunitense in *FI*, 1985, IV, 252, nonché ID. *Pannelli solari: verso un «diritto al sole»*, *ivi*, I, 1532) e quello non più futuribile dell'energia eolica. In secondo luogo cosa si intende per «separabilità», concetto sul quale si è fondata, in gran parte la distinzione delle energie tutelabili? Per PUGLIATTI, «Cosa (teoria gen.)», cit., 32, esso va assunto in senso relativo e non (materialistico e) assoluto, il che non consente di fare grandi passi avanti. V. inoltre MESSINETTI, «Energia (dir. priv.)», in *Enc. dir.* XIV, Milano, 1965, 869. Infine come si può «spogliare» alcuno del «possesso» di una energia? (In senso negativo MESSINETTI, *op. ult.*, cit., 870). Il problema è particolarmente vivo nel campo delle radiofrequenze; ed è sintomatico che, salvo alcune pronunce isolate, la giurisprudenza abbia (sollevando però problemi di altro genere) ripiegato sull'azione di manutenzione, assumendo come molestata la universalità che fa capo all'azienda radiotelevisiva. Sul punto v. SCOZZAFAVA, *I beni ecc.* cit. 585 ss.

11. *Res, cosa, chose, Sache, thing. Portata e limiti di una indagine comparatistica*

Prima di esaminare in dettaglio alcune applicazioni operative delle considerazioni finora svolte, è opportuno svolgere delle brevi notazioni comparatistiche al fine anche di chiarire (delimitandola) la portata dell'inquadramento prospettato.

Una ricerca, anche sommaria, sulla teoria giuridica della cosa e dei beni evidenzia come termini apparentemente equivalenti (*res, cosa, chose, Sache, thing*) assumano una valenza profondamente diversa a seconda del sistema in cui si inseriscono. E, per rimanere nella comparazione *par excellence*⁸⁰, cioè fra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* (o romano-germanici), ci si avvede *ictu oculi* dell'impraticabilità del raffronto, giacché vanamente l'interprete indagherebbe sull'esistenza di una presunta teoria dei beni nella *common law* e, spostatosi sul contiguo (per lo studioso di formazione «continentale») terreno della *property* si imbatterebbe nella complessa categoria della *personal property* comprendente figure (per lui) assolutamente fuori luogo come i «negotiable instruments», la «company law», l'«insurance», la «bankruptcy» ed altre ancora⁸¹.

Le ragioni di tale apparente aporia non si rinvengono però in una bizzarria del caso, bensì in precise cause d'ordine storico alla cui comprensione sembra essere di grande aiuto la celebre definizione di Gaio «*Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales hac iure consintunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporabatur, pleremque corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debeatur, pluremque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis, et ipsum ius utendi fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum*»⁸².

Senza dover entrare in una dettagliata esegesi di tale passo delle

⁸⁰ Come la definisce GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 934.

⁸¹ V. fra i tanti CROSSLEY VAINES, *Personal Property*⁴, Londra, 1967, in part. 4 ss. WILKINSON, *Personal Property*, Londra 1971, *passim*.

⁸² Gaio, Istituzioni, 2, 12-14; il testo è stato ripreso da SCIALOJA, *Teoria della proprietà ecc.*, cit., 14; ma v. la versione critica presentata da BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, 1, cit., 10 s.

Istituzioni, si può accedere ad una conclusione ormai consolidata fra gli studiosi romanisti, e cioè che con riguardo alle *incorporales* il termine *res* aveva assunto un significato traslato, peraltro diffuso anche nel linguaggio odierno, in base al quale si identificava il diritto con l'oggetto cui si riferiva⁸³. E di qui un ulteriore passaggio logico verso l'astrazione la considerazione dei diritti *come «res»*⁸⁴.

Ancorché l'influenza di Bracton e della sua opera di divulgazione dei principi romanistici nell'Inghilterra medievale sia da tutti sottolineata⁸⁵, non è dato sapere con precisione quanto la definizione gaiana abbia effettivamente inciso sul processo che ha portato ad espandere in tutti i sensi l'oggetto della *property*. Certa è, comunque, la «stupefacente analogia tra diritto romano e diritto inglese» nel ragionamento giuridico su questo punto⁸⁶.

In realtà, come anche per altri istituti, il sistema romanistico conteneva *in nuce* il germe di diversi sviluppi dei «*proprietary interests*»⁸⁷: o collegandoli alla materialità dell'oggetto del *dominium*⁸⁸; oppure accentuando l'astrattezza del rapporto. Tale ultima soluzione trovò terreno fertile nell'ordinamento feudale inglese, ove la terra non era di proprietà dei privati ma spettava al *Lord paramount*, cioè al re⁸⁹. Di qui un processo di scomposizione delle

⁸³ V. MAYNZ, *Cours de droit romain*³, Bruxelles, Parigi, 1870, 334 ss.; «les Romains ont appellé choses incorporelles tout les objets de droit qui ne sont pas matériels»; «le mot *res incorporalis* peut donc comprendre les droits personnels, les droit d'obligation et tous les droit réels, à l'exception du droit de propriété».

⁸⁴ Cfr. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» ecc.*, cit., 1140; BONFANTE, *Corso ecc.*, cit., 12.

⁸⁵ In generale sull'influenza di Bracton v. ALBERTI, *Scuola italiana e giuristi italiani nello sviluppo storico del diritto inglese*, Bologna, 1937, 147 ss. Nello specifico settore v. SIMPSON, *An introduction to the history of the land law*, Oxford, 1961, 97.

⁸⁶ Così DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969, 60, nt. 3.

⁸⁷ Come preferisce chiamarli PUGLIESE, *Property* (dispense di lezioni presso l'Università di Roma aa. 1980/81).

⁸⁸ Ed è l'interpretazione che, del resto, forniscono i più autorevoli maestri del diritto romano; v. SCIALOJA, *Teoria della proprietà ecc.*, cit., 28 ss; BONFANTE, *Corso ecc.*, cit., 12 (il quale afferma con ampi richiami di fonti classiche, che la categoria delle *res incorporales* «è una categoria puramente filosofica aristotelica, trasportata nel campo del diritto»). L'espressione più coerente di tale lettura è il par. 90 del BGB («Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände») in piena consonanza peraltro, con la più autorevole dottrina tedesca; v. SAVIGNY, *Il diritto del possesso* (trad. it.) Firenze 1839, 168; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it.), cit., I, 477. V. inoltre ZACHARIAE-CROME, *Manuale dei diritto civile francese* (trad. it.), I, Milano, 1907, 448; e per i trattati francesi contemporanei H. L. MAZEAUD-J MAZAUD, *Leçons de droit civil*, II, 2, Parigi, 1976, 91.

⁸⁹ *Challis's Law of Real Property*³ (Sweet ed.), Londra 1911, 2 ss.; PUGLIESE, *Property*, cit., 126 ss.

potestà sulla terra necessariamente astratto dal loro sostrato materiale⁹⁰. In altri termini mancava alla base dell'edificio quel diritto assoluto ed esclusivo, come è intesa la proprietà nei sistemi romano-germanici, e si costituivano invece una molteplicità di quelli che in *civil law* si chiamerebbero diritti reali minori⁹¹ la cui giustificazione e spiegazione resta in gran parte affidata alla presenza del diritto primario di proprietà. In questo senso la qualifica gaiana dei diritti come *res incorporales* quantomeno forniva un valido sostegno logico e storico ad un sistema che era in fase di consolidamento dopo la conquista normanna del 1066.

Di qui l'estensione dalla *land law* ad ogni forma di «property» finendo per ricomprendere in tale nozione «tutti gli interessi di rilevanza economica che non consistono meramente in un rapporto personale esistente unicamente fra due parti»⁹².

Tale esito, se per un verso comporta l'impossibilità di impostare una esposizione comparata dell'oggetto dei «proprietary interests» sulla base di un concetto generale e comprensivo⁹³ comune ai sistemi di *civil* e di *common law*, dall'altro, però, evidenzia, qualora ve ne fosse ancora bisogno, l'assoluta relatività di una teoria delle cose e dei beni, giacché è in via preliminare chiarito che la coerenza fra le regole operazionali presenti nel sistema e le proposizioni teoretiche elaborate per rappresentarle si potrà rinvenire solo all'interno del medesimo sistema (o meglio sottosistema) in base a considerazioni d'ordine storico e normativo.

In tal senso appare felice e condivisibile la metafora proposta da un autore secondo cui nell'analisi comparata di questo tema non si incontrano un numero di approssimazioni più o meno soddisfacenti ad una unica costruzione bensì «un numero di grammatiche sostanzialmente differenti», e tali grammatiche giuridiche, al pari di quelle linguistiche, «sono state costruite per descrivere e regolarizzare le forme abituali con le quali si affrontavano problemi predominanti in società ed epoche diverse»⁹⁴.

La metafora consente, peraltro, di comprendere le diverse vie attraverso le quali i sistemi pervengono a risultati sostanzialmente simili: significativa

⁹⁰ Sul fenomeno v. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» ecc.*, cit., 1189 ss. Per una rappresentazione grafica dei vari procedimenti consentiti dalla scomposizione v. RIDDALL *Introduction to land law*³, Londra, 1983.

⁹¹ V. ampiamente sul processo di «fragmentation of ownership» LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, 1958, 59 ss.

⁹² Così LAWSON, *Comparative conclusion*, in *Property and Trust in International Encyclopedia of Comparative Law*, VI, 2, Tubinga, 1975. 141.

⁹³ Così PUGLIESE, *Property* cit., 25.

⁹⁴ LAWSON, *Comparative conclusion*, cit., 137 e 139.

è, in proposito, la collocazione dei meccanismi di controllo sulla circolazione giuridica. Mentre negli ordinamenti continentali essi si sono (nella materia *de qua*) imperniati sul principio (non importa se codificato o accolto come implicito) del *numerus clausus* dei diritti reali (riferito non solo ai tipi ma anche – come s'è visto – all'oggetto di tali diritti), negli ordinamenti di *common law* essi hanno trovato per lungo tempo l'equivalente nella tipicità (o, quanto meno, rigidità) delle *forms of action*.

In altri termini, da questa parte della Manica il controllo avveniva (e avviene tutt'oggi) in una fase anticipata e cioè sulle fattispecie costitutive del diritto (e qualificative del loro oggetto), dall'altra si posponeva l'intervento, agendo sul momento dell'azione, secondo il brocardo «remedies precede rights».

12. *Teoria dei beni e inquadramento di nuove entità*

Delineate le premesse per una organica teoria dei beni è opportuno riscontrarne ora la validità in relazione ad entità che per la loro crescente rilevanza economica e sociale sollecitano il giurista e, più in generale, gli ordinamenti giuridici ad una attenta considerazione e ad un più preciso inquadramento. La premessa è comune: l'evoluzione tecnologica e i mutamenti sociali portano alla creazione o alla scoperta di nuove entità, oppure attribuiscono rilievo ad entità già note, ma di scarso uso, sicché rispetto ad esse sorgono interessi quali chiedono di essere giuridicamente tutelati⁹⁵.

A titolo esemplificativo si prenderanno in considerazione alcune entità che negli ultimi anni, e non solo nel nostro ordinamento, hanno posto complesse questioni a legislatori ed interpreti: l'informazione, i programmi per elaboratori, gli aspetti della personalità. Ovviamente non si tratta delle uniche, giacché molte altre si affacciano prospettando delicati interrogativi: si pensi solo alla problematica della biogenetica e dei trapianti⁹⁶. Ma le

⁹⁵ Cfr. sul punto SCOZZAFAVA *I beni* ecc. cit., 561: «si assiste ad una radicale frantumazione delle forme di appartenenza, al punto da consigliare un'autonoma considerazione, in sede scientifica, delle varie figure di qualificazione».

⁹⁶ Senza pretesa di completezza si rinvia a F.MANTOVANI *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974 (in part. 333 ss. sulla proprietà di tessuti o organi liberi); BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983 (in part. 27 ove si afferma che la tutela del corpo è in «funzione della persona, come espressione della stessa, e non alla stregua di una cosa»); D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli 1983 (in part. 123 ss.

complesse implicazioni di ordine pubblico ed etiche che esse importano dissuadono dal volerle trattare in questa sede, rinviandone l'esame alle specifiche voci.

Limitandosi quindi ai tre casi prospettati, l'analisi dovrà – in coerenza con quanto esposto nei paragrafi precedenti – seguire un certo iter: dapprima si dovrà indagare sulla natura dell'entità, giacché è in base ad essa che (principalmente) si conformano gli interessi del soggetto, quindi valutare se, in base agli interessi che si costituiscono, all'entità possa essere attribuita la qualifica di bene, infine individuare quali siano le tutele offerte dall'ordinamento ai titolari di tali interessi in relazione al bene oggetto del loro rapporto.

13. Segue. *L'informazione*

Il termine «informazione» ha assunto, nel corso degli ultimi decenni un crescente rilievo nel lessico del giurista. Tuttavia esso è stato, abitualmente, inserito in un contesto funzionale nel quale l'informazione era intesa come attività rispetto alla quale sorgeva un interesse all'esercizio o alla fruizione. Diritto, quindi, a diffondere informazioni o ad esserne destinatari. L'estremo rilievo politico, costituzionale, economico di tale accezione ha catalizzato in gran parte il dibattito legislativo e giuridico, a scapito di approcci diversi. È solo con la consapevolezza della dimensione giuridica dell'informatica (neologismo che, è opportuno ricordare, sorge dalla crisi dei termini informazione ed elettronica), la quale ha alla sua base una raccolta di dati ed un apparecchio per la loro elaborazione, e come logica conseguenza reti (dette telematiche) di diffusione di tali dati, «grezzi» oppure elaborati, che alla nozione di informazione si inizia ad attribuire rilievo giuridico diverso⁹⁷. Ci si domanda cioè che cosa sia un dato (o una informazione), quand'è che esso possa costituire oggetto di un rapporto giuridico, quali siano gli strumenti giuridici di tutela offerti al titolare.

La nozione di informazione è pregiuridica ed è stata così sintetizzata.

sulla qualificazione giuridica e l'oggetto degli atti di disposizione). Nonché a ASCONE ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale*, Napoli, 1986, SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984.

⁹⁷ Il rilievo è comune agli autori che hanno trattato l'argomento e che si citeranno *infra*. Si osservi, tuttavia, che la trasposizione dei dati in una «memoria» pone, di per sé, alcuni problemi di tutelabilità a causa della «forma» che assumono: v. MONTANARI, *La riproduzione mediante introduzione nella memoria degli elaboratori elettronici*, DII, 1986, 809.

«Ogni messaggio comunicabile ad altri attraverso un mezzo qualsiasi»⁹⁸. Già in questa prima definizione si coglie la distinzione, assai rilevante nel campo delle scienze sociali, fra «messaggio» e «mezzo» la quale non manca però di riflessi giuridici di cui il più evidente è riscontrabile nel diritto d'autore ove si ha cura di differenziare l'*opus* rispetto al suo supporto.

Che l'informazione possa costituire il punto di riferimento di interessi è indubbio⁹⁹: nella realtà sociale sono riscontrabili innumerevoli esempi in cui anche una sola informazione assume rilievo (l'ora esatta, l'orario di un treno, una quotazione in borsa) e diviene oggetto di rapporti giuridici. Poiché, in teoria, ogni informazione è suscettibile di essere ricompresa in rapporti analoghi, se ne potrebbe trarre la conclusione che essa è sempre e comunque un bene. L'approdo risulterebbe però eccessivamente semplificativo se non venisse preso in considerazione un ulteriore aspetto del problema, ovverosia la natura dell'interesse che lega il soggetto all'informazione e la sua rilevanza e qualificazione giuridica. Si sarà infatti notato come negli esempi prima proposti le informazioni costituiscono l'oggetto di rapporti contrattuali: un soggetto fornisce (o si impegna a fornire) ad un altro soggetto, dietro corrispettivo, una informazione. E nel contesto contrattuale non solo l'interesse verso l'entità dedotta è mediata dalla prestazione dell'obbligato (sicché ci si pone il problema – che in questa sede non si può neppure accennare – se oggetto del contratto sia l'entità oppure la prestazione), ma soprattutto resta tutto da chiarire quali facoltà sull'informazione vengano trasferite attraverso il contratto¹⁰⁰. E ciò si può stabilire solo se si riesca ad inquadrare la posizione originaria del dante causa: quale rapporto ha egli con l'informazione? Più precisamente, ha un rapporto di esclusiva che gli consente non solo di vincolare l'avente causa a determinate (forme di) utilizzazioni, ma anche di agire contro terzi che indebitamente si appropriano della «sua» informazione¹⁰¹? Si

⁹⁸ CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Informatica e diritto*, 1983, n. 1, 15.

⁹⁹ Si veda l'ampia disamina in un contesto di analisi economica del diritto di MACKAAY, *Economics of information and law*, Boston, 1982; nonché i numerosi scritti contenuti nel volume curato da J.P. CHAMOIX, *L'appropriation de l'information*, Paris, 1986.

¹⁰⁰ Il profilo contrattuale assume un grande – anche se, come si vedrà, parziale – rilievo perché come osserva COMPORI, *Diritti reali* ecc., cit. 120, «il godimento del bene immateriale comporta un 'esteriorizzare' l'oggetto, perché il soddisfacimento degli interessi patrimoniali del creatore si attua con la diffusione della creazione».

¹⁰¹ Il problema è comune alle creazioni intellettuali per le quali la norma deve tendere a garantire al titolare del diritto la possibilità di essere l'unico offerente sul mercato e di regolarne la circolazione, v. SCOZZAFAVA, *I beni* ecc., cit., 123.

comprende quindi come necessariamente sia insufficiente nell'opera di qualificazione dei beni limitarsi al solo piano contrattuale giacché esso si pone come necessario *posterius* rispetto ad un chiarimento preliminare e determinante¹⁰². È dunque necessario indagare sugli interessi che legano un soggetto ad un'informazione e se e come essi trovano, nel nostro ordinamento positivo, un riconoscimento ed una tutela giuridica.

Ora, è chiaro come tendenzialmente il soggetto voglia affermare sull'informazione (alla stregua di ogni altro bene) un potere di esclusiva che gli consenta o di impedirne la circolazione oppure di controllarla¹⁰³. Alla realizzazione di tale aspirazione si frappongono due ostacoli, uno di fatto, l'altro di diritto. L'informazione per la sua natura incorporale tende a trasmettersi attraverso i modi più svariati ed è estremamente difficile, se non impossibile, impedire che ciò avvenga¹⁰⁴. Peraltro la sua illimitata riproducibilità fa sì che violata una volta l'esclusiva disponibilità essa lo sia per sempre. Sotto il profilo giuridico, invece, si devono considerare i riflessi del riconoscimento di un potere di esclusiva: a quale soggetto va riconosciuta, in base a quali criteri, qual è l'oggetto esatto dell'esclusiva, quali conflitti sorgono con altrui diritti¹⁰⁵? Si tratta di questioni di non poco conto: basti pensare che mentre per le entità dotate di corporalità la trasmissione avviene in forme materialmente o giuridicamente controllate o controllabili, l'informazione per sua natura sfugge a tali controlli e può

¹⁰² V. MESSINETTI, *Oggettività giuridica ecc.*, cit., 36 ove afferma che «il concetto di bene riposa essenzialmente su un fondamento che (...) è costituito dal fenomeno del godimento individuale o, in altre parole, dal godimento in forma esclusiva».

¹⁰³ V. NICOLÒ, *Ladempimento ecc.*, cit., 84 ove indica quali aspetti essenziali dei diritti reali il potere di *conservare* e il potere di *escludere*, mentre i diritti di credito hanno come elemento essenziale il potere di *conseguire*.

Si deve insistere sullo *ius excludendi* giacché se si incentra l'attenzione sull'*uti* o sul *frui* (v. D. DE MARTINI, *Titolo formale di proprietà e modello effettivo di godimento*, Roma, 1984, in part. 7 ss.) si finisce necessariamente per ampliare senza limiti la nozione di proprietà. A tal proposito va ricordata la distinzione di IRTI (*Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, 106) secondo cui «il bene, in quanto *oggetto di diritto* (art. 810 cc.) non è il bene, in quanto *oggetto di uso* (es.: art 2555 c.c.). Sotto il primo profilo il bene è il punto di riferimento della esclusione dei terzi, sotto il secondo profilo, il bene è il punto di riferimento di un'attività della persona».

Ritiene insufficiente il criterio dello *ius excludendi* SCOZZAFAVA, *I beni ecc.*, cit., 181

¹⁰⁴ «S'il est de l'essence de l'information d'être communicable, il est dans sa nature d'être communiquée» così CATALA, *Ebauche ecc.*, cit., 18.

¹⁰⁵ Si veda a titolo esemplificativo le difficoltà, insormontabili, che si pongono ai fautori dell'analisi economica del diritto circa il costo di un'eventuale affermazione di diritti esclusivi sull'informazione DEMSETZ, *Information and Efficiency. Another Viewpoint*, in 12 *Journal of Law and Economics* 11 (1969).

pervenire ad un soggetto in una infinità di modi, in primo luogo per autonoma creazione¹⁰⁶, sicché è estremamente complesso disporre una coerente ed efficace disciplina della circolazione giuridica¹⁰⁷.

In assenza di una norma generale è giocoforza ricercare – come spesso avviene – singoli frammenti normativi sparsi nell'ordinamento per tentare una ricomposizione sistematica. Prescindendo da taluni dati eminentemente pubblicistici (come le norme sul segreto di Stato), e rimanendo nell'ambito dei rapporti interprivati è possibile pervenire ad una tipologia delle informazioni tutelate:

- a) informazioni tutelate per il loro contenuto: vi si possono includere tutti quei dati cosiddetti «personalissimi» o «intimi» la cui divulgazione comporta una lesione della sfera di riservatezza del soggetto¹⁰⁸;
- b) informazioni tutelate per il loro contenente: la tutela viene anticipata sanzionando ogni violazione del supporto o dell'ambiente sul o nel quale le informazioni sono inserite: si pensi al segreto della corrispondenza e all'inviolabilità del domicilio anche da parte di intrusioni non fisiche¹⁰⁹;
- c) informazioni tutelate per la loro funzione: la utilità di talune informazioni soprattutto nell'attività di impresa può essere posta alla base delle norme sia sul segreto industriale che sul brevetto;
- d) informazioni tutelate per il contesto nel quale vengono comunicate e apprese: talune informazioni vengono poste in circolazione solo nell'ambito di determinati rapporti e con l'intesa che non debbano fuoriuscirne; è il caso delle informazioni fornite in un rapporto professionale (medico, avvocato, prestatore d'opera); va rilevato come la tutela sia condizionata dalla qualità del o dei soggetti;
- e) informazioni tutelate per i modi della loro genesi: l'ordinamento pare prestare particolare attenzione quando è il soggetto medesimo a «produrre» l'informazione o perché essa è strettamente attinente alla propria persona (il reddito, i consumi), oppure perché è dotata

¹⁰⁶ Si veda in proposito le osservazioni di CARNELUTTI, *Usucapione ecc. cit.*, 72 ss.

¹⁰⁷ V. R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali ecc.*, cit., 425; cfr. in un contesto più generale SCALFI, *Manuale di diritto privato*, II, Torino, 1986, 4: «la teoria delle cose si interessa particolarmente, seppur non esclusivamente, ai problemi della circolazione delle cose e dell'acquisto di diritti su di esse»; nonché TATARANO, *Circolazione dei diritti e accesso ai beni*, in LIPARI, (a cura di), *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, 411 ss.

¹⁰⁸ CATALA, *Ebauche et al.*, cit., 20.

¹⁰⁹ La situazione è esaminata soprattutto negli studi dedicati alla riservatezza: V. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 87 ss.

di una originalità rivelatrice delle capacità e della personalità del soggetto (di nuovo è il caso dei brevetti, ma anche di numerose opere dell'ingegno tutelate dal diritto d'autore)¹¹⁰.

Da questa pur sommaria elencazione si possono trarre alcune prime conclusioni: l'informazione non è, in genere, tutelata in quanto tale¹¹¹ bensì in via mediata, quando assume rilievo per la personalità del soggetto oppure assurge al rango di un bene diverso, già tutelato dall'ordinamento¹¹². La protezione è accordata non perché attraverso essa si tutelano, in ultima istanza, interessi di più ampia portata, bensì, all'inverso, perché per tutelare questi ultimi, strumentalmente, ricorrendo talune circostanze, è necessario assicurare protezione anche agli interessi sull'informazione¹¹³.

In secondo luogo, anche quando tale protezione venga offerta, essa non sembra articolarsi in una fisiologica disciplina dell'interesse a detenere, godere e disporre dell'informazione, bensì prende in considerazione essenzialmente il momento patologico della violazione dello *ius excludendi*¹¹⁴. L'eccezione, vistosa, è certamente rappresentata dagli istituti di privativa industriale e intellettuale ma è facile osservare come essi non si applicano praticamente mai ad una informazione *tout court* richiedendo un *quid pluris* che la qualifichi come bene assai più complesso¹¹⁵.

¹¹⁰ Sul momento genetico insistono particolarmente CATALA, *Ebauche* ecc., cit., 19; MACKAAY, *La possession paisible des idées: toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété?*, in *Droit de l'informatique*, 1986, 2, 78; SCHAFF, *La nozione dell'informazione e la sua rilevanza giuridica*, *DII*, 1987, 460.

¹¹¹ Cfr. UBERTAZZI, *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore, prime riflessioni*, in ALPA (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Milano, 1984, 62.

¹¹² C'è un altro aspetto dell'informazione che qui non si può approfondire, quello della rilevanza dell'informazione nella formazione del contratto, ove essa assume il connotato non di bene, bensì di obbligo imposto alle parti sul punto v. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972. Non mancano però analisi che si sforzano di cogliere la rilevanza economica degli obblighi di informazione v. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*, in 7 *Journal of Legal Studies* 1(1978).

¹¹³ V. in proposito le chiare parole di PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 249: «la pretesa proprietà incorporale può contare solo su una tutela generica, che tende a collocarsi nell'ambito delle regole generali sull'illecito civile».

¹¹⁴ V. SCHAFF *La nozione di informazione* ecc., cit., 455 ss. Il problema interessa il modo particolare anche gli studiosi del diritto penale per verificare l'applicabilità delle fattispecie di reato contro il patrimonio: per la Francia v. M.P. LUCAS DE LEYSSAC, *Il furto d'informazione*, *DII*, 1985, 625; per gli Stati Uniti e l'Italia CORRIAS LUCENTE, *Informativa e diritto penale: elementi per una comparazione con il diritto statunitense*, *DII*, 1987, 519 ss.

¹¹⁵ V. R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali* ecc., cit. 427. A seconda delle diverse teorie sul diritto d'autore, però, l'informazione può assumere maggiore o minore rilievo: v. INTROVIGNE, *Computer data bases e proprietà intellettuale in diritto comparato*, in ALPA (a

In altri termini si deve concludere che manca nel nostro ordinamento positivo una norma o un principio generale che consentano ad un soggetto di affermare un proprio diritto esclusivo su ogni messaggio comunicabile ad altri attraverso un mezzo qualsiasi, anche quando egli ne sia l'autore¹¹⁶. Ciò non mancherà di rilevare, come si vedrà in fine, nella rappresentazione della teoria dei beni.

14. Segue. *I programmi per elaboratore*

Un secondo «caso» che si presenta con crescente ricorrenza all'attenzione degli studiosi, dei pratici e del legislatore è quello dei programmi per elaboratore elettronico. La letteratura giuridica annovera ormai, a livello internazionale, centinaia di scritti¹¹⁷ che trattano l'argomento e nel volgere di un brevissimo lasso di tempo i principali paesi industriali hanno introdotto nel proprio ordinamento specifiche riforme legislative intese a disciplinare la materia¹¹⁸. Va osservato come tali interventi abbiano tutti, sia pure con sfumature diverse, provveduto a qualificare i programmi per elaboratore come opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore. Ed in tal

cura di), *La tutela giuridica ecc.*, cit., 84 ss.

¹¹⁶ Cfr. con riferimento alle idee di R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali ecc.*, cit., 424 ss. Non convince CATALA, *Ebauche ecc.*, cit., 19 quando afferma che l'informazione viene «appropriata» fin dalla nascita dal suo creatore, giacché non indicando in base a quale principio di diritto si possa affermare l'esistenza di questo «nouveau droit privatif», si rimane sempre nell'ambito dello *jus condendum*. Ed è su questo piano che si pone infatti MACKAAY, *La possession paisible des idées ecc.*, cit., 75 ss.

¹¹⁷ Si rinvia per una prima indicazione bibliografica a quella riportata da V. FRANCESCHELLI, «Computer (disciplina giuridica del)» in *Digesto Civ. III.*, Torino, 1988, 141, nonché in LOSANO, *Il diritto privato dell'informatica*, Torino, 1986, 217 ss. Si v. inoltre la bibliografia internazionale curata dall'Istituto per la Documentazione Giuridica del CNR e pubblicata annualmente dalla rivista *Informatica e Diritto*.

¹¹⁸ Ciò include per gli Stati Uniti il «*Computer Software Copyright Act*» del 1980 (Public Law 96-517 of December, 12, 1980) e i «*Semiconductor Chip Protection Acts*» del 1984 (Title III of Public Law 98-620 of November, 8, 1984); per l'Australia «*Copyright Amendment Act*» 1954 (n. 43 of 1984), per il Giappone la legge n. 62 del 14-6-1985; per la Repubblica Federale di Germania la «*Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts*» del 24-6-1985; per la Francia la «*Loi relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle*», n. 85-660 del 7-3-1985; per il Regno Unito il «*Copyright (Computer Software) Amendment Act*» del 16-7-1985.

senso si muovono anche le comunità sovranazionali cui l'Italia aderisce¹¹⁹. Sicché – senza neppure dover esaminare il crescente orientamento giurisprudenziale favorevole a tale soluzione¹²⁰ – si potrebbe, a prima vista, considerare la questione ormai superata.

Senonché, da un lato la mancata approvazione di una normativa *ad hoc* lascia ancora impregiudicata, almeno formalmente, la scelta dell'ordinamento italiano¹²¹; da un altro, nella pur vasta letteratura non sembra essere stata prestata sufficiente attenzione all'inquadramento dei programmi per elaboratore nella teoria dei beni e le riforme legislative straniere paiono solo, ad una più attenta considerazione, recidere gordianamente il problema piuttosto che scioglierlo.

Il programma per elaboratore elettronico – detto anche, recependo una metonimica espressione anglosassone, software – è la soluzione (una delle soluzioni) logico-matematica di un determinato problema. Esso ha come nucleo centrale ed iniziale un algoritmo al quale si aggiungono l'insieme di istruzioni ordinate in sequenza che ne costituiscono lo svolgimento. Il programma consente all'elaboratore di compiere le proprie funzioni, le quali possono essere le più svariate. Data la sua naturale astrattezza il programma può riguardare qualsivoglia problema, in qualsivoglia campo dello scibile e delle attività umani.

Poiché i programmi richiedono, per essere realizzati, un impegno di energie intellettuali e di capitali finanziari e sono utilizzati in attività economico-sociali largamente diffuse, sicché si crea nel mercato un rapporto di domanda/offerta, è comprensibile che fin dall'inizio ci si sia chiesti quale dovesse essere il loro inquadramento giuridico e quali strumenti di tutela fossero offerti dall'ordinamento.

Il dibattito ha finito per polarizzarsi su due orientamenti, non di rado

¹¹⁹ V. COLEMAN, *Gli orientamenti della Comunità e degli Stati membri sulla protezione giuridica del software*, in TEDESCHI, BRACCHI (a cura di), *Software e diritto d'autore*, Milano, 1986, 40 ss.

¹²⁰ V. T Torino 17-10-1983 *DA*, 1984, 57; P. Pisa, 11-4- 1984, *DII*, 1985 252; P. Monza, 26-7-1985 e P. Milano, 18-10- 1985, *DII*, 1986, 182; T Genova, 31-10-1986, *DII*, 1987, 268; Cass. 24-11-1986, *Siae*, *DII*, 1987, 693; T. Milano, 13-3-1987, *DII*, 1987, 708.

¹²¹ Si veda il d.d.l. n. 1746 (IX leg.) «*Norme per la tutela dei programmi per elaboratori elettronici*» presentato dai senn. Fabbri, Malagodi et al, la *p.d.l.* n. 3907 (IX leg.) «*Disposizioni in materia di protezione dei programmi di elaboratore*» presentata dagli onn. Tedeschi, Sacconi et al., il progetto dell'«Assoft», «*Progetto di legge sulla tutela di programmi per elaboratori*», tutti riportati in *DII*, 1987, 382 ss.; nonché lo schema di disegno di legge redatto dalla Presidenza del Consiglio «*Norme per la tutela dei programmi per elaboratore e delle topografie di prodotti semiconduttori*», *ivi*, 729.

radicalmente contrapposti, riconducibili il primo alla disciplina del diritto d'autore, il secondo a quella dei brevetti per invenzioni industriali¹²². Non è questa la sede per riassumere l'ormai annosa controversia; è tuttavia opportuno evidenziare due aspetti. La conclusiva preferenza a favore del sistema del diritto d'autore è apparsa influenzata – oltre che dagli enormi e legittimi interessi economici sottostanti – da una primaria esigenza di effettività inducendo pertanto ad optare per la soluzione apparsa più idonea a garantire la titolarità dei programmi ed il controllo sulla loro circolazione giuridica in capo ai loro produttori. Verso tale esito un contributo decisivo è stato fornito dall'esperienza nord-americana non solo per la sua connotata propensione per il pragmatismo giuridico, ma anche per la non perfetta coincidenza fra quel che nei paesi di *common law* è chiamato copyright e quel che nei paesi di diritto romano-germanico è definito diritto d'autore.

Il secondo aspetto degno di menzione è che la prospettiva brevettuale, osteggiata, oltre che per la sua complessità procedurale anche da una espressa disposizione contraria (la cui genesi – è stato dimostrato – fu prettamente protezionistica)¹²³ contenuta nella Convenzione di Monaco sul cosiddetto brevetto europeo¹²⁴, non per questo è stata definitivamente

¹²² Per una sintesi delle due posizioni v. LOSANO, *Il diritto privato ecc.*, cit., 63 ss; decisamente orientati per la tutela brevettuale GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in ALPA (a cura di), *La tutela giuridica ecc.*, cit., 9 ss.; ID., *La natura giuridica del software*, in ALPA, ZENO ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, 1987, 323 ss. (ove si prospetta la duplice tutela, d'autore e brevettuale, su distinte parti del programma); nonché BORRUSO, *L'algoritmo per computer e la sua brevettabilità*, *DII*, 1987, 75 ss. A favore della soluzione del diritto d'autore CIAMPI, *Il problema della proteggibilità del software nell'ordinamento giuridico italiano e straniero. Soluzioni e prospettive*, in ALPA (a cura di), *La tutela giuridica ecc.*, cit., 113 ss.; ID., *Profili comparatistici della protezione del software nella legislazione e nella prassi contrattuale*, in ALPA, ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica ecc.*, cit., 331 ss.; CARNEVALI, *Sulla tutela giuridica del software*, *Q.* 1984, 254; nonché i numerosi autori riportati in TEDESCHI, BRACCHI (a cura di), *Software e diritto d'autore*, cit.

¹²³ La cui ispirazione è di fonte francese, si v. LUZZATTO, *Una norma di legge francese da non imitare (a proposito della brevettabilità o meno dei programmi o serie di istruzioni per lo svolgimento delle operazioni dei calcolatori elettronici)* *RDI*, 1968, I, 297; nonché ID. *La crisi del software*, in AA.VV. *Problemi attuali del diritto industriale*, Milano 1977, 719.

¹²⁴ L'art. 52 della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo del 5-10-1973 stabilisce che: « 1) I brevetti europei sono concessi per le invenzioni nuove che implicano un'attività inventiva e sono atte ad avere un'applicazione industriale.

2) Non sono considerate come invenzioni ai sensi del paragrafo 1 in particolare:

a) le scoperte, le teorie scientifiche e i metodi matematici;
 b) le creazioni estetiche;
 c) i piani ed i metodi fondamentali per le attività intellettuali, per i giochi o per le attività

accantonata bensì tende a porsi come forma di tutela secondaria per programmi incorporati in invenzioni industriali «tradizionali»¹²⁵.

La vicenda tutt'altro che conclusa dei programmi per elaboratore è paradigmatica nel recente sviluppo della teoria dei beni¹²⁶; gli interessi in gioco sono nettamente individuati: da un lato l'interesse del produttore alla piena titolarità del proprio programma (e quindi alla remuneratività del proprio investimento) sia all'interno del mercato (nei confronti di utenti/contraenti e di concorrenti¹²⁷) sia al di fuori di esso (nei confronti degli atti di c.d. pirateria); dall'altro l'interesse dei concorrenti meno forti a non essere eliminati dal mercato a seguito della concessione di privative quasi-monopolistiche sui programmi; infine un duplice interesse pubblico alla circolazione e alla tutela degli utenti/consumatori da abusi di soggetti posti in una situazione di esclusiva.

La risposta dei diversi ordinamenti è apparsa per lungo tempo incerta palesando una vistosa difficoltà nell'inquadrare il nuovo fenomeno. Si conferma così la convinzione che entità non materiali si contraddistinguono solo per il loro elemento negativo, del tutto insufficiente per determinare,

commerciali ed i programmi per elaboratore

d) le presentazioni di informazioni;

3) Le disposizioni del paragrafo 2 escludono la brevettabilità degli oggetti o delle attività in esse nominati soltanto nella misura in cui la domanda di brevetto europeo o il brevetto europeo concerne detti oggetti o attività, *considerati come tali*.

4) Non sono considerate come invenzioni atte ad avere applicazione industriale, ai sensi del paragrafo 1, i metodi per il trattamento chirurgico o terapeutico del corpo umano o animale e i metodi di diagnosi applicati al corpo umano o animale. Questa disposizione non si applica ai prodotti, in particolare alle sostanze o alle miscele di sostanze, per l'attuazione di una dei metodi nominati» (*corsivo aggiunto*). In generale v. AMMENDOLA, *La brevettabilità nella Convenzione di Monaco*, Milano 1981, 390 ss.

¹²⁵ Il fenomeno è ampiamente sviluppato negli Stati Uniti v. STOUT, *La brevettabilità del software nella più recente giurisprudenza americana*, DII, 1986, 69; ROSSELLO, *La tutela giuridica del software in USA, Francia e Regno Unito: tre esperienze a confronto*. DII. 1987, 118; ma tende ad affermarsi anche in Europa.

¹²⁶ Si tratta, d'altronde, di una vicenda ricorrente nella storia giuridica delle creazioni intellettuali v. MESSINETTI, *Oggettività giuridica ecc.*, cit., 139.

¹²⁷ Tuttora la tutela è offerta, di fatto, da complessi regolamenti contrattuali che tendono a vincolare l'utilizzatore del programma eliminando ogni sua facoltà di disposizione e di godimento non espressamente consentita dal produttore si tratta di un fenomeno di «leges rei suae dicere» chiaramente illustrato, in un contesto generale, da SACCO, «Circolazione giuridica», in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 11 ove opportunamente si rileva il possibile contrasto di un tale regolamento contrattuale con l'art. 1379 c.c. Per una sistematica esposizione della problematica v. CARNELUTTI, *Teoria generale della circolazione*, cit., in part. 46 ss. ove si evidenzia la insufficienza della efficacia personale del contratto ai fini della circolazione, nonché ID. *Usufrutto ecc.*, cit., 81 s.

a priori, quale debba esserne la disciplina, anche attraverso la via analogica la quale costituisce nei sistemi di diritto privato uno dei principali criteri di adeguamento e autointegrazione dell'ordinamento.

Dovendo operare una scelta si è optato per la strada che garantiva la maggiore efficacia nella tutela, ma forse più discutibile sul piano sistematico. Il diritto d'autore e il brevetto per invenzioni, pur muovendosi parallelamente e talvolta sovrapponendosi, hanno ormai, nel corso della loro più che secolare storia legislativa, finito per occupare ambiti di operatività diversi¹²⁸. Il primo, conformemente alla sua origine illuministica, ricomprendendo le opere dell'ingegno *lato sensu* artistiche o espresse nelle forme tipiche dell'attività artistica. Il secondo, sviluppando la tutela del germe della rivoluzione industriale, l'invenzione, ha indirizzato il proprio raggio d'azione verso l'impresa, in primo luogo quella industriale.

Da tale differenziazione il segno più evidente è il ruolo che nel diritto d'autore assume la personalità dell'autore al punto che non sono mancate importanti correnti dottrinarie le quali hanno collocato l'istituto fra i diritti della personalità¹²⁹. Solo in tal modo, del resto possono spiegarsi una serie di norme, ricorrenti negli ordinamenti romano-germanici, che disciplinano l'aspetto morale del diritto, la pretesa all'integrità dell'opera, l'inedito, e, addirittura, il ritiro dal commercio¹³⁰. Profili che invece solo marginalmente compaiono nel diritto dei brevetti il quale essenzialmente ruota attorno alle esigenze della produzione, sintetizzate nei requisiti dell'industrialità e della materialità dell'invenzione. Nel caso dei programmi per elaboratore proprio la qualifica soggettiva (imprenditore) del produttore e la naturale funzione dell'entità (produzione di beni o servizi) avrebbero dovuto indirizzare, quanto meno attraverso un ragionamento analogico, verso il sistema di privativa brevettuale, semmai opportunamente adeguato. Invece l'indirizzo dominante, in ultima analisi, oltre a evidenziare l'estrema relatività dei criteri preposti alla «creazione» di diritti di esclusiva, offusca i tentativi di definizione/delimitazione dei diversi beni cosiddetti immateriali, dando vita ad un precedente che è ragionevole prevedere non resterà isolato.

¹²⁸ V. R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale, Parte generale*, I, cit., 448 ove si sottolinea «come mentre nel periodo delle origini invenzioni e opere letterarie sono considerate unitariamente», «nel periodo del riconoscimento legislativo *a priori*, la normazione procede, nei due casi, per vie sue proprie».

¹²⁹ Per la più compiuta ed originaria esposizione v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Lipsia, 1895, 702 ss.

¹³⁰ Ma *v. contra*, in un contesto relativo alla teoria dei beni, SCOZZAFAVA, *I beni ecc.*, cit., 456. nt. 144.

15. Segue. *La personalità*

Rispetto ai due esempi dianzi trattati, gli aspetti della personalità e la loro qualifica giuridica non presentano i medesimi elementi di novità ed, anzi, fin da quando essi sono diventati oggetto di indagine giuridica, la questione della loro natura di beni ha animato e spesso contrapposto gli interpreti. Ciò nondimeno o, - forse, proprio per questo - la rivisitazione della problematica alla luce di quanto prima esposto presenta un certo interesse, anche perché non si può non rimarcare come negli ultimi anni si sia evidenziata con sempre maggiore nettezza accanto al tradizionale interesse (morale) all'inviolata personalità, una dimensione economica, patrimoniale della stessa per la quale i tradizionali e consolidati canoni definitivi non appaiono del tutto adeguati. I poli attorno ai quali si è condensato il dibattito sono noti: diritto generale della personalità oppure tanti, variegati diritti della personalità¹³¹? Coincidenza o alterità fra soggetto e oggetto del diritto (o dei diritti)¹³²? Le considerazioni di ordine generale che si sono sopra svolte possono forse contribuire a sciogliere tali interrogativi. Si consideri come si articolano gli interessi del soggetto rispetto ai diversi aspetti della personalità. Talvolta esso si configura come interesse alla loro esclusiva disponibilità (nome, vicende riservate, fattezze esteriori), talaltra come interesse alla conservazione (o al miglioramento) di una determinata situazione (equilibrio fisio-psichico, rapporto di conoscenza/giudizio all'interno di una comunità). Come si vede vi è comunque una alterità fra il soggetto e l'oggetto del suo interesse in quanto l'«Io che vuole» non può essere in alcun modo confuso con entità obiettivabili. Non sembra quindi sostenibile che il diritto (o i diritti) della personalità possano costituire una singolare categoria priva di oggetto¹³³. In altri termini non sembra necessario discostarsi, con riguardo

¹³¹ Per la più approfondita esposizione della tesi pluralista v. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1982, 32 ss., per la tesi opposta v. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il cd. diritto alla riservatezza*, *RTPC*, 1958, 458; nonché G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Id.*, *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1985, 337 ss.

¹³² Si vedano le contrapposte posizioni in SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino, 1886 (trad. it.), 338 ss.; WINDSCHEID, *Il diritto delle pandette* (trad. it.), cit., I, 115 ss. Per una ampia ricostruzione storica RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*. Torino, 1901. Un recente e approfondito riesame della questione è svolto da G. B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità ecc.*, cit., 337 ss.

¹³³ Si veda DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, 173; ALLARA, *Le nozioni fondamentali ecc.*, cit., 669 (il quale osserva che la persona è vista in una duplice prospettiva *a parte*

alla personalità, dalla tradizionale *struttura* del diritto soggettivo anche se, come s'è già detto, il *contenuto* di questo non potrà non esser influenzato dalla particolarità del bene e (quindi) dell'interesse¹³⁴.

Più complessa la questione relativa alla natura del bene per la quale sono prospettabili più soluzioni: il bene è rappresentato dai singoli aspetti in cui si estrinseca la personalità e quindi di volta in volta il nome, la riservatezza, l'immagine, la salute, l'onore, la reputazione, l'identità personale ecc.¹³⁵. Secondo una diversa lettura, invece, la personalità, al pari di altri beni¹³⁶, può ben essere oggetto di più interessi¹³⁷. Infine, una terza strada è offerta dal considerare come unico interesse, sull'unico bene¹³⁸, quello dell'inviolabilità della personalità dal quale discende a carico dei consociati un generale dovere di astensione da una varietà di comportamenti lesivi¹³⁹. Nel primo caso, dunque, si avrebbero tanti diritti, uno per ciascuno degli aspetti della personalità. Nel secondo caso il bene sarebbe unico, ma esso sarebbe oggetto di una molteplicità di interessi (e quindi di diritti) corrispondenti alle varie estrinsecazioni della personalità. Infine, nella terza ipotesi, il diritto, come il bene, sarebbe unico¹⁴⁰. Quest'ultima tesi, che gode di una diffusa adesione della dottrina giuridica italiana, pare trovare un sostegno, ulteriore rispetto alle considerazioni d'ordine dogmatico che qui non è il caso di ripetere, nella particolarità del bene. Infatti essendo la personalità (ed a maggior ragione i suoi aspetti) una entità non materiale si pone un complesso problema di individuazione dell'oggetto dell'interesse

subiecti, a parte obiecti), NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, 77. V. *contra*, SCOZZAFAVA, *I beni ecc.*, cit., 551 secondo cui si è di fronte alla contemporanea assenza del diritto soggettivo e del bene in senso giuridico.

¹³⁴ Il che comporta che del diritto soggettivo non si prospetti una costruzione modellata unicamente sullo schema del rapporto proprietario: JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1913 (trad. it.), 94. Si tengano presenti peraltro le avvertenze di ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in ID., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, 113. Ma v. altresì, per una diversa impostazione, SCOZZAFAVA, *I beni ecc.* cit. 556: «la persona umana è certamente oggetto di diritto oggettivo, ma non anche di diritto soggettivo».

¹³⁵ V. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, 1, Milano, 1943, 135.

¹³⁶ V. DE MARTINO, *Dei beni*, cit. 4.

¹³⁷ V. CARNELUTTI, *Usucapione ecc.*, cit., 23.

¹³⁸ G.B. FERRI, *Oggetto ecc.*, cit., 338.

¹³⁹ LEVI, *Teoria generale ecc.*, cit., 296, 392.

¹⁴⁰ «Nel diritto della personalità il bene e cioè l'*oggetto* non è tanto l'interesse che il soggetto ha verso se stesso, ma più semplicemente quel *se stesso* (del resto punto di riferimento oggettivo dell'interesse) colto nell'individualità della sua dimensione fisica e morale» così G. B. FERRI, *Oggetto ecc.*, cit., 348.

sia per precisarne il contenuto, sia per delimitarne la portata rispetto ad altri interessi¹⁴¹. Casi paradigmatici sono quelli dell'utilizzazione dell'altrui immagine in un contesto diverso da quello in cui essa è stata ripresa: viene leso l'interesse all'esclusivo uso del ritratto o quello alla riservatezza? Oppure si consideri il caso di uso dell'altrui nome e le possibili sovrapposizioni con l'interesse all'identità personale. In altri termini, quel che si vuol dire è che, poggiando la distinzione in larga parte su una base puramente definitoria (l'interprete fornisce la propria definizione dell'aspetto della personalità e su di essa fonda l'intera costruzione), essa si palesa estremamente discrezionale mancando quasi sempre una disciplina non giuridica (se si esclude la salute) cui si possa fare riferimento con relativa sicurezza. Infatti, mentre, le altre entità non corporali che si sono precedentemente esaminate o indicate nascono e sono oggetto di intenso studio in ambienti e settori diversi da quello giuridico (economico, scientifico ecc.), la considerazione della personalità e dei suoi singoli aspetti è, a tutt'oggi, un compito quasi esclusivamente svolto da studiosi del diritto¹⁴².

A fronte della opinabilità¹⁴³ della scelta pluralista dei diversi interessi si pone in contrasto l'unitarietà della personalità, la quale trova, nel nostro ordinamento, l'inequivoco riferimento normativo dell'art. 2 Cost., ove la personalità è considerata nel suo insieme. Si privilegia, insomma, sulla scia di una risalente distinzione, l'inquadramento della personalità fra le categorie dell'essere e non dell'avere¹⁴⁴. Ciò tende a favorire soprattutto forme di tutela del diritto da interventi esterni che alterino in senso negativo lo

¹⁴¹ Per MESSINETTI, «Personalità (diritti della)», in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 404 il bene (cioè l'oggetto delle attività negoziali relative alla persona) è costituito né da un diritto della o sulla persona, né dal suo valore bensì da un risultato economico, conseguibile mediante lo svolgimento di un'attività diretta a terzi, nel caso dell'immagine «ciò che assume rilievo non è l'immagine in sé, come dato inviolabile della persona, ma il fatto che consiste nell'esteriorizzazione di essa, e nel quale sta il punto di riferimento oggettivo del fenomeno di godimento».

¹⁴² Si può aggiungere a quanto svolto nel testo le considerazioni di CARNELUTTI, *Usucapione* ecc., cit. 23 e cioè che occorre evitare «il facile equivoco tra il bene e l'interesse, che sono rispettivamente l'oggetto e il contenuto del diritto», precisando (*ivi*, 53), per contestare i fautori della tesi pluralista, che poiché la legge tutela, per esempio l'interesse al nome all'immagine all'onore, né questi fenomeni si possono negare essi costituiscono altrettanti diritti al nome, all'immagine, all'onore e via dicendo: ma quando si dimostra, con un argomento elementare, che questi sono interessi, non beni, e perciò costituiscono il contenuto non l'obbietto del diritto soggettivo, ecco che la loro scienza ha foggato un diritto senza oggetto».

¹⁴³ Lo stesso DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 32 ss. ripetutamente chiarisce che ritiene preferibile la teoria pluralista da lui propugnata.

¹⁴⁴ JELLINEK, *Sistema* ecc., cit., 94; LEVI, *Teoria generale* ecc. cit. 223.

status quo in primo luogo il principio generale della responsabilità civile per fatto illecito. Mentre invece si rende problematica la disciplina giuridica delle forme di utilizzazione della personalità quale oggetto di rapporti patrimoniali nei quali occorre, necessariamente, scindere gli aspetti di immediata e diffusa rilevanza economica (il nome, l'immagine) da altri più tradizionalmente non patrimoniali (l'onore, la riservatezza). Si spiegano così molte delle difficoltà che incontra l'interprete quando voglia chiarire l'esatto contenuto degli atti giuridici autorizzativi dell'uso di attributi personali di un altro soggetto¹⁴⁵, sia per quanto riguarda l'ampiezza del consenso, sia per quanto riguarda la sua revocabilità, o, comunque, modificabilità unilaterale.

Si assiste dunque ad un fenomeno in parte inverso a quello esaminato quando si sono trattati i problemi dell'informazione e dei programmi per elaboratore. Lì l'assenza di una espressa normativa impedisce o, quantomeno, ostacola, una efficace asserzione di diritti d'esclusiva valevoli *erga omnes*, sicché la protezione degli interessi si articola essenzialmente per vie contrattuali. Nel caso della personalità invece la connaturata funzione, patrimoniale e di circolazione dei beni, del contratto mal si adatta ad una situazione giuridica tradizionalmente connotata dalla non patrimonialità e dalla intrasmissibilità¹⁴⁶.

16. Conclusioni

Dalla indagine ricostruttiva sin qui condotta pare possibile trarre alcune sintetiche considerazioni conclusive:

- a) La lettura più coerente dell'art. 810 c.c. appare essere la seguente: «Sono beni le entità che possono formare oggetto di diritti». Fra

¹⁴⁵ Secondo MESSINETTI, «Personalità ecc.», cit., 404 l'oggetto dell'atto dispositivo, unilaterale, del soggetto che autorizza la pubblicazione della propria immagine consiste «nel *facere* necessario a dar vita al bene». Pertanto «l'oggetto della volontà dispositiva del soggetto (titolare dell'immagine) non è rappresentato dal bene conseguibile attraverso l'attività del terzo, ma da un *quid* preliminare e necessario rispetto a tale momento, ossia quella specifica situazione che funge da presupposto di legittimazione allo svolgimento di quella attività»; in un contesto di *common law* v. MARUMBA, *Commercial exploitation of personality*, Sydney, 1996.

¹⁴⁶ Cfr. BESSONE, FERRANDO, «Persona fisica (dir. priv.)», in *Enc. dir.* XXXIII, Milano, 1983, 198; v. inoltre le ulteriori difficoltà prospettate da MESSINETTI, «Personalità ecc.» cit., 405.

- queste entità rientrano le cose, le quali si qualificano per il requisito della corporalità.
- b) Se i beni sono le entità suscettibili di formare oggetto di diritti, non tutti i beni possono costituire oggetto di *ogni* diritto. Il numero e l'ampiezza dipenderanno essenzialmente da due fattori: la natura dell'entità e la presenza (o assenza) di dati normativi ad essa riferibili.
 - c) La nozione di cosa e la teoria dei beni si caratterizzano per la loro relatività ponendosi in una relazione biunivoca: da un lato con l'ordinamento giuridico cui si riferiscono, riflettendone gli orientamenti politico-economico-sociali. Dall'altro essi assumono un rilievo decisivo nella determinazione della natura dei diritti, della loro titolarità e circolazione giuridica.
 - d) La nozione di cosa e la teoria dei beni rilevano primieramente per l'accertamento e la affermazione di diritti di esclusiva sulle diverse entità che possono costituire oggetto di interessi giuridicamente rilevanti.
 - e) Il principale di tali diritti di esclusiva, il diritto di proprietà, può avere per oggetto, nel nostro ordinamento, unicamente le cose, cioè le entità corporali.
 - f) Per tutte le entità diverse dalle cose l'attribuzione di diritti di esclusiva è regolato, nel nostro ordinamento, da un sistema sostanzialmente tipico; il contenuto di tali diritti varia a seconda della natura di tali entità e degli interessi che verso di essi si rivolgono.
 - g) Gli interessi su entità diverse dalle cose e privi di un riconoscimento normativo (diretto o analogico) godono di una tutela limitata e caratterizzata dall'assenza di esclusività.

Bibliografia

In termini essenziali, e rinviando alle opere più specifiche indicate in nota, si vedano, in ordine cronologico, WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it. Fadda e Bensa), Torino 1925; BONEFANTE, *Corso di diritto romano*, 11, *La proprietà*, 1. Roma, 1933 (ristampa. Milano. 1966, da cui si citerà); SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933; NICOLÒ *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936; MAIORCA, *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, Torino, 1937 (rist. Camerino, 1981, da cui si citerà); MAROI «Cosa» in *N.D.I.*, IV., Torino, 1938, 356,

VINDING KRUSE, *The right of property*. Oxford, 1939; PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, *RTPC* 1948, 825; PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; BIONDI, *I beni* in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1956; LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, 1958; BIONDI, «Cosa (Diritto civile)», in *NN.D.I.*, IV, Torino, 1959; PUGLIATTI «Beni (Teoria generale)», in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 164; GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Parigi, 1960; GIORGIANNI, «Diritti reali (diritto civile)», in *NN.D.I.*, V, Torino, 1968, 748; PUGLIATTI, «Cosa (Teoria generale)», in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 19; PUGLIESE, «Diritti reali», in *Enc. Dir.* XII Milano, 1964, 755; SATTÀ, *Cose e beni nell'esecuzione forzata*, *RDCo*, 1964, I, 350; PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967; MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970; NATOLI, *La proprietà*, I, Milano, 1976; AA.VV., *Les biens et les choses en droit*, in *24 Archives de philosophie du droit*, 1979, 1-281; COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu, Messineo e Mengoni*, Milano, 1980; PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, *RTPC*, 1982, 1137; SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982; ALLARA, *Dei beni*, Milano, 1984.

*Il corpo del reato:
pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica**

A PIEREMILIO SAMMARCO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La dilatazione della nozione di «schiavitù» – 3. Ragionevolezza e proporzione nella pena – 4. *Segue*. Il meccanismo delle aggravanti – 5. Il reato di «pornografia minorile» – 6. La circolazione e detenzione del materiale pornografico – 7. La nozione di «pornografia minorile» – 8. Costume sessuale e libertà – 9. L'universalità della repressione – 10. Le prassi applicative – 11. L'elemento soggettivo – 12. Le alternative.

1. *Premessa*

Nel mondo dei giuristi, in particolare accademici, vi è la tacita convenzione che ciascuno debba occuparsi del proprio orto, grande o piccolo che sia, senza invadere quello altrui. Ed una ragione per questa regola di buon vicinato c'è ed è anche seria: il giurista, come ogni professionista, tende a specializzarsi soprattutto se il campo delle conoscenze è particolarmente vasto. È dunque improprio – e rischioso – occuparsi di materie nelle quali non si è particolarmente ferrati e nelle quali, comunque, non si dispone di una visione d'insieme adeguata.

Per quale motivo dunque un comparatista dovrebbe discettare di un tema – quello della repressione e dello sfruttamento sessuale dei minori, disciplinato dalla legge 3 agosto 1998, n. 269 (che reca il titolo «Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù») – che all'evidenza è di competenza dei penalisti?

Per due ragioni che se non bastano a giustificare l'invasione del campo altrui, spero servano a comprenderla: la prima è che la novella non sembra aver sollevato particolari reazioni. Ci si sarebbe attesi un profluvio di commenti, a cominciare dalla stampa quotidiana, ed invece vi è stato un silenzio quasi preoccupante. Se si eccettua un penetrante commento di SEGIO SEMINARA (*La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir.*

* Pubblicato in *Politica del Diritto* 1998, 562.

inf., 1998, p. 745) dedicato all'impatto della legge sulle comunicazioni telematiche, non ho incontrato, finora (ottobre 1998), interventi o analisi. E di fronte a questo vuoto, confido che la «supplenza» di un non-penalista verrà perdonata. La seconda ragione è che, a dispetto dei recinti accademici e professionali, il diritto non è suddiviso in tanti compartimenti stagni. E dunque, spesso, la disciplina di un settore ha rilevanti effetti in altri: ed è proprio quel che avviene con la L. 269/98 la quale, a mio avviso, coinvolge non solo l'attività di impresa (quella nei settori della telematica e del turismo) ma, ancor più, diritti e libertà fondamentali.

2. La dilatazione della nozione di «schiavitù»

Il primo rilievo che deve essere mosso alla legge riguarda la sua sistematica. Il titolo qualifica la prostituzione, la pornografia e il turismo sessuale nei confronti dei minori come «nuove forme di riduzione in schiavitù» e conseguentemente colloca le varie fattispecie di reato subito dopo l'art. 600 c.p., che appunto prevede il reato di schiavitù.

Ora, se sono ben chiare le motivazioni che spingono il legislatore a bollare talune forme di violenza in danno dei minori, non sfugge che la loro equiparazione (anche nei limiti edittali) al reato di cui all'art. 600 c.p. comporta una generale svalutazione della nozione di «schiavitù»: se tutto diventa «schiavitù», o una sua nuova forma, nulla è schiavitù. E ciò si dice non solo nella consapevolezza che quanto si mira a colpire è ben diverso dal fenomeno della schiavitù così come l'ha conosciuto il mondo moderno, giungendo poi a combatterlo culturalmente, moralmente, politicamente e giuridicamente, ma è anche ben diverso da come il fenomeno si è manifestato ai tempi nostri e da come la nostra giurisprudenza ha interpretato, evolutivamente, l'art. 600 c.p. con riferimento alle vicende dei giovani zingari costretti a commettere reati e ceduti da un padrone ad un altro (si veda, fra le tante recenti decisioni, quella delle Sezioni Unite della Cassazione penale, 20 novembre 1996, Ceric, in *Foro it.*, 1997, II, p. 313). In altre parole, per quanto si tratti di comportamenti gravemente lesivi di beni giuridici di primario valore, vi è una notevole differenza fattuale fra l'esercizio di una potestà su un soggetto che lo priva di ogni sua libertà, e lo sfruttamento, in ipotesi *una tantum*, per la realizzazione di un'opera pornografica minorile.

Per meglio chiarire quanto l'enfasi data dalla legge finisca per svalutare

il reato più grave (riduzione in schiavitù), si immagini una legislazione sulla diffamazione che collochi e qualifichi le varie fattispecie come «omicidio morale».

La scelta di politica del diritto che sottende la nomenclatura delle nuove norme del codice penale appare pertanto assai criticabile perché non tiene conto – e non solo sotto questo aspetto – della esigenza di graduare la repressione penale in relazione alla effettiva e concreta lesione dei beni giuridici che si intendono proteggere. E tutto ciò senza considerare i complessi problemi che sorgeranno nelle ipotesi di concorso fra la «ordinaria» riduzione in schiavitù e le «nuove forme».

3. Ragionevolezza e proporzione nella pena

L'impostazione che finora si è criticata trova (coerente) esplicazione in tutto l'articolato della legge, con la previsione di ipotesi di reato speciali oppure assolutamente nuove. Qui di seguito si tratterà in dettaglio delle problematiche che scaturiscono dall'introduzione degli artt. 600 *ter* e 600 *quater* del codice penale. Tuttavia non si può fare a meno di rimarcare che con riguardo all'ipotesi di cui all'art. 600 *bis*, che punisce il reato sicuramente più grave (e socialmente e moralmente odioso) della prostituzione minorile, il legislatore perde il senso della misura nel rapportare le pene comminate con quelle previste dalla fattispecie «madre», e cioè la riduzione in schiavitù: l'art. 600 *bis* prevede di già un minimo edittale superiore (sei anni), mentre il massimo (dodici anni) viene facilmente lievitato dalle due aggravanti di cui ai primi due commi dell'art. 600 *sexies*: da un terzo alla metà se la persona offesa ha meno di quattordici anni; dalla metà a due terzi se il reo è un parente o un soggetto che comunque esercita una potestà sul minore. Dunque si può arrivare ad un massimo di venti anni di reclusione. Ancora una volta, sia ben chiaro, non si intende in alcun modo trovare giustificazione per reati gravissimi: ma non si può nemmeno, in nome di valori che sono da tutti condivisi, stravolgere il razionale rapporto fra gerarchia dei beni giuridici tutelati e proporzione della reazione penale. Il raffronto non è solo quello immediato fra riduzione in schiavitù (e cioè l'esercizio di una padronanza assoluta su di un soggetto) e induzione alla prostituzione minorile, ma anche con la tutela che ordinariamente viene apprestata al bene supremo della vita.

4. Segue. *Il meccanismo delle aggravanti*

Quanto appena detto, peraltro, evidenzia una singolare tecnica normativa. Il legislatore non sembra, nel disegnare le fattispecie, attribuire rilievo all'età del minore, sostanzialmente equiparando il bambino ai c.d. grandi minori. Nella realtà le aggravanti di cui all'art. 600 *sexies* introducono due regimi differenziati, sotto il profilo sanzionatorio, per i reati commessi in danno di infraquattordicenni e quelli in danno di ultraquattordicenni. Il che per un verso offusca il dichiarato intento «anti-pedofilia» della legge, giacché, come ben dimostrano dalle acce discussioni in occasione della c.d. legge sulla violenza sessuale, la maturazione psichica e la capacità di autodeterminazione dell'ultrasedicenne avrebbero dovuto consigliare una più attenta graduazione delle pene (sul punto v. le puntuali osservazioni di G.M. DE MATTEIS, *Sulla riforma in materia di reati di violenza sessuale*, in *Studi Ec. Giur.*, 1995-96, p. 153). Per altro verso ignora del tutto la circostanza che in molti ordinamenti stranieri la maggiore età si acquista ai diciassette anni, ponendo non indifferenti problemi di interpretazione della legge e di conflitto fra ordinamenti penali. Emerge qui un primo significativo indice della sommarietà (per non dire della grossolanità) dell'intervento legislativo che ha inteso dare risposte esemplarmente punitive e condotte che, non solo fattualmente ma anche nella percezione morale della persona comune, assumono gravità diversa. Basterà osservare che il certo non lassista «Parere» reso dal Comitato economico e sociale CE sul tema «Sfruttamento dei minori e turismo sessuale» (in GUCE C 284 del 14 settembre 1998) evidenzia espressamente (nell'Allegato I) «la necessità di una terminologia comune» ed in particolare la determinazione dell'età del «bambino» che varia a seconda dei testi normativi nazionali ed internazionali.

5. *Il reato di «pornografia minorile»*

Il nuovo art. 600 *ter* c.p. introduce il reato di «pornografia minorile» che si articola in quattro commi, delineanti altrettante fattispecie. Il primo riguarda lo sfruttamento di «minori degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico». La pena è uguale (da sei a dodici anni) a quella prevista per lo sfruttamento della prostituzione minorile e ad essa si applicano le aggravanti di cui all'art. 600 *sexies* c.p.

Valgono dunque le medesime osservazioni sulla sproporzione della pena che si sono già svolte al riguardo, le quali, sempre al fine di stroncare in radice possibili obiezioni poste su un piano metagiuridico, non mirano ad attenuare la gravità e la antisocialità del reato, ma solo a ribadire che il sistema sanzionatorio è un tutt'uno e deve essere complessivamente ispirato ad un principio di equilibrio e di coerenza nella sua esplicazione se non vuole incorrere in una spirale «inflazionistica» della pena.

Il secondo comma prevede il reato di commercio di materiale pornografico. La pena editale è la stessa (dunque da sei a dodici anni) anche se non si applica ad essa l'aggravante del primo comma (ma non del secondo comma) dell'art. 600 *sexies* c.p. La differenza fra questa ipotesi e quella del comma successivo sembrerebbe essere (il condizionale è d'obbligo per quel che si dirà oltre) quella dell'esercizio professionale di una attività con finalità di lucro: in sostanza, dunque, si mira a colpire i soggetti coinvolti nella catena produttiva e distributiva della opera di pornografia minorile.

Il terzo comma colpisce la condotta di chi, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi precedenti, «con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga o pubblicizza il materiale pornografico» oppure «distribuisce o divulga notizie finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale dei minori». In che cosa si differenzia questa fattispecie da quella del «commercio»? Sembrerebbe consistere nella mancanza di un intento lucrativo ovvero della sua presenza in un contesto non professionale (e dunque abituale). Il richiamo allo strumento telematico non è casuale: esso è diventato il veicolo più diffuso di trasmissione di informazioni e dunque anche di opere di pornografia in generale e di pornografia minorile in particolare. I soggetti coinvolti sono molteplici: da chi realizza l'opera, a chi la riversa su un supporto digitale idoneo alla trasmissione telematica, a chi la ospita, rendendola consultabile, a chi consente l'accesso ad essa, a chi la memorizza e via dicendo.

Dal punto di vista oggettivo tutte queste attività sembrerebbero rientrare nella fattispecie incriminatrice, equiparandole. Non è tuttavia fantasioso pensare che – anche a causa di una tutt'altro che precisa percezione del fenomeno delle comunicazioni telematiche (si v. per tutti il provvedimento di sequestro di apparecchiature idonee a trasmettere messaggi telematici asseritamente illeciti disposto da PM Pret. Vicenza 23 giugno 1998, in *Dir. inf.*, 1998, p. 821) – i principali percossi dalla disposizione in esame saranno i c.d. *Internet providers*, ovvero sia quelle imprese che, realizzando un collegamento telematico tra l'utente e le proprie apparecchiature

consentono al primo di accedere alla rete Internet e dunque «visitare» i «siti» (fra i quali, ovviamente, quelli pornografici), di corrispondere con altri utenti attraverso la posta elettronica, oppure di partecipare a dibattiti attraverso gruppi di discussione.

Si può – ed anzi si deve – seriamente discutere se la condotta dell’*Internet provider* rientri nella fattispecie della «distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione» di cui al secondo comma; e vi sono ottimi argomenti (si v. il citato lavoro di S. Seminara) per negarlo. Tuttavia, ancorché non si dubita che questo alla fine (ma quanto tempo ci vorrà?) sarà l’orientamento dei giudici di merito e, soprattutto, di legittimità, con altrettanta sicurezza si può prevedere che l’art. 600 *ter* c.p. verrà utilizzato nei confronti di tali prestatori di servizi di telecomunicazioni.

Tale prassi sarà certamente favorita anche dalla genericità e onnicomprensività delle formule legislative: quando, sempre al secondo comma, si punisce la condotta di chi «distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all’adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori», risulta estremamente difficile cogliere la linea di demarcazione fra lecito ed illecito. Basta fare l’esempio di una informazione circa l’esistenza in un paese di case di tolleranza, senza ulteriori qualificazioni, nelle quali operano – come si viene ad apprendere *aliunde* – prostitute minorenni. Ancora una volta, dunque, si porrà il problema del confine fra manifestazione del pensiero ed istigazione a commettere reati: nel dubbio sarà conveniente tacere, con un sostanziale *vulnus* dell’art. 21 Cost.

La difficoltà di distinguere le varie ipotesi disegnate dall’art. 600 *ter* è confermata dalla formulazione del suo quarto comma, con la quale si prospetta una fattispecie che vuole essere diversa dalle precedenti due: la cessione, anche a titolo gratuito, di materiale pornografico minorile. La differenza rispetto al terzo comma sembra risiedere nella determinatezza del beneficiario della cessione, mentre la previsione riguarderebbe una trasmissione generalizzata e *in incertam personam*.

6. La circolazione e detenzione del materiale pornografico

E’ a questo punto che la legge – fin qui opinabile nei suoi presupposti e nelle sue scelte – assume connotati che appaiono contrastare con elementari principi di civiltà giuridica e con valori acquisiti a livello costituzionale e sovranazionale.

Infatti, nel momento in cui viene punita la cessione a titolo gratuito (e, al successivo art. 600 *quater*, la mera detenzione) di materiali qualificati di pornografia minorile, l'ordinamento giuridico crea degli oggetti illeciti, rispetto ai quali qualsivoglia rapporto di natura cosciente diviene penalmente sanzionato. Perché sia chiaro il passaggio, non ci troviamo di fronte alla repressione di una condotta che in quanto tale lede il bene giuridico tutelato: bensì si colpiscono espressioni elementari del vivere, l'aver con sé, il consegnare.

In altre parole, l'art. 600 *ter*, u.c., e l'art. 600 *quater* (che punisce chi «consapevolmente si procura o dispone di materiale pornografico» minorile) qualificano tali opere al pari delle armi o degli esplosivi, ovvero delle sostanze stupefacenti: dunque è necessario impedire il rapporto fra i soggetti e gli oggetti. Ma mentre con riguardo ai primi (armi, droghe, ecc.) esiste una vasta area di liceità (le forze dell'ordine, i titolari di porto d'armi, i medici) o di esclusione della punibilità (l'uso personale degli stupefacenti), con riguardo ai materiali di pornografia minorile il divieto – pesantemente sanzionato – è assoluto e non pare prevedere eccezioni, neppure per chi, in ipotesi, svolga una attività di ricerca sul fenomeno dello sfruttamento sessuale dei minori al fine di denunciarlo e contrastarlo.

Certo non sfugge l'idea che sta alla base della repressione della detenzione e dell'uso personale di materiale pornografico minorile: posto che esso viene realizzato grazie allo sfruttamento sessuale dei minori, le opere (a stampa o telematiche) costituiscono il prodotto del reato; colpendo (o, meglio, minacciando) il detentore o il circolatore si mira ad inaridire, a valle, il mercato e dunque a dissuadere, perché economicamente poco profittevole e giuridicamente pericoloso, chi compie il reato, seguendo il *dictum* «giallistico» «il crimine non paga».

Dietro tali intenzioni, tuttavia, pare mancare un sufficiente approfondimento del mercato che si vorrebbe colpire: quante delle opere di pornografia minorile sono prodotte in Italia o in paesi con i quali gli accordi di polizia e di collaborazione giudiziaria realmente funzionano? Quali sono i canali distributivi attraverso i quali tali materiali pervengono in Italia? Come è possibile, materialmente, impedirne la circolazione attraverso le reti telematiche mondiali? In realtà l'impressione è che gli unici soggetti ad essere colpiti saranno gli utenti finali o coloro che hanno un ruolo meramente strumentale nella diffusione (*Internet providers*, edicolanti) del materiale. Il che, ovviamente lascerà del tutto indifferenti i soggetti che realizzano propriamente il materiale attraverso lo sfruttamento sessuale dei minori.

Che il legislatore possa essere incerto sugli esiti della propria produzione è naturale ed umano; che tuttavia egli opti, in materia penale, per una sperimentazione (del tipo «vediamo se funziona») appare riprovevole in considerazione dei complessivi valori coinvolti.

7. La nozione di «pornografia minorile»

Le osservazioni ora svolte non sono fatte per amore di polemica. Quello che è particolarmente preoccupante nella L. 269/98 è la generale vaghezza delle fattispecie incriminatrici suscettibili di colpire una varietà di condotte socialmente non pericolose ancorché moralmente riprovevoli. La migliore conferma di ciò è data dal cuore della disposizione di cui agli artt. 600 *ter* e *quater* c.p.: cosa si intende per «pornografia minorile»? Ovviamente la legge nulla dice in proposito, lasciando all'interprete – ed in primo luogo, preoccupantemente, alla polizia giudiziaria – la sua determinazione. Si offrono subito due letture. La prima, tecnologica, parte dal presupposto, poco prima esposto, che la legge voglia impedire lo sfruttamento sessuale dei minori: pertanto ogni opera che venga realizzata attraverso il coinvolgimento di minori in pratiche sessuali (ma il concetto è elastico) rientrerebbe nella previsione legislativa. In tal modo è facile avvedersi che la «pornografia minorile» è cosa assai differente dalla «pornografia» *tout court*. Per fare un esempio banale, la rappresentazione di un atto sessuale «normale» fra uomo e donna non è considerato alla stregua dei correnti standards morali come «pornografico» e viene abitualmente rappresentato senza che incorra anche solo in divieti di trasmissione. Quello stesso atto che veda la presenza di un minore deve ritenersi «pornografico»? A stare alla legge sembrerebbe di sì, giacché come si è detto la qualità di infraquattordicenne porta ad un sensibile aggravamento della pena prevista per il caso di utilizzo di un ultraquattordicenne. Quel che si intende sottolineare è che mentre con riguardo al primo buon senso vorrebbe che ogni coinvolgimento in pratiche sessuali al fine di creazione di materiale da divulgare dovrebbe ritenersi illecito, con riguardo al secondo, la mera rappresentazione di un atto sessuale con un adolescente (o fra adolescenti) dovrebbe far sorgere il dubbio se si tratta di «pornografia» nell'accezione usata per i maggiorenni.

Tuttavia la legge non consente di utilizzare due nozioni di «pornografia minorile», una per gli infraquattordicenni, l'altra per gli ultraquattordicenni.

Ma vi è pure una seconda lettura, già socialmente accreditata dai

mezzi di comunicazione di massa: la L. 269/98 sarebbe una «legge anti-pedofili» mirante a colpire soggetti dalle tendenze sessuali anormali i quali sono, presumibilmente, i fruitori del materiale realizzato attraverso lo sfruttamento sessuale dei minori.

Questa lettura non viene fornita per artificio retorico, ma semplicemente perché essa appare essere quella accolta dalle autorità preposte, in prima battuta, all'applicazione delle nuove norme, in consonanza, peraltro, con la diffusa concezione dogmatica del «tipo normativo d'autore» (non è un caso che il primo, e allo stato, unico, commento pubblicato da «*Guida al Diritto*», n. 33, del 29 agosto 1998, si intitoli *Norme antipedofilia*). Essa parte dal presupposto che il deviante sessuale, per soddisfare il proprio istinto, non ha bisogno di opere necessariamente caratterizzate da elementi di «pornografia» (o, anche latamente, da atti di natura sessuale) bensì da semplici rappresentazioni di minori, la cui immagine è ripresa in un contesto non «sessuale»: l'esempio che tipicamente viene fatto è quello di bambini, in costume o nudi, su una spiaggia. Ma a questo punto risulta chiaro che la natura «pornografica», già offuscata nella lettura teleologica, non discende dalla rappresentazione in sé, bensì dalla qualità del detentore/circolatore. In altri termini le foto di bambini in una rivista destinata alle madri oppure utilizzate per pubblicizzare dei prodotti sono lecite; se invece sono in mano ad un soggetto di cui si sospetta la perversione sessuale costituiscono il corpo del reato. Dunque è *l'animus* del detentore che connota di illiceità la condotta; trattandosi poi di una condotta essenzialmente intellettuale si ha quanto di più vicino si possa avere all'antichissima nozione del peccato e si applicherà il principio di *omnia immunda immundis*. Per scendere molto più in basso nella gerarchia dei beni giuridici tutelati basterà richiamare le polemiche sulla contravvenzione bagatellare del possesso ingiustificato di grimaldelli (art. 707 c.p.), giustamente sfociate in una sentenza di parziale incostituzionalità (Corte cost. 1971, n. 14), oppure quelle sul possesso ingiustificato di valori (art. 708 c.p.) in questo caso concluse dalla pronuncia (Corte cost. 2 novembre 1996, n. 370) di incostituzionalità per indeterminatezza, per comprendere quale sia il vizio – ben più serio – che sta alla base di questa lettura, la quale, sovvertendo ogni principio, anche in ordine alla prova, parte dalla presunzione (o comunque dal sospetto) di anormalità sessuale del soggetto per ritagliare su di esso un reato da *status*.

8. *Costume sessuale e libertà*

Ma se questa – anche indipendentemente dalle intenzioni del legislatore, che lasciano il tempo che trovano – è la lettura prevalente che viene data, in sede applicativa, alla L. 269/98, se ne colgono immediatamente le implicazioni costituzionali: se la detenzione di un materiale viene ritenuta illecita, ne consegue che tutta la serie di condotte prodromiche (la creazione, la commercializzazione, la divulgazione, ecc.) devono ritenersi anch'esse illecite. La absurdità della conclusione – che travolgerebbe opere quali le foto, all'evidenza morbosa, di un Lewis Carroll oppure di un David Hamilton oppure quelle pseudo-antropologiche di scugnizzi nudi sulle rocce di Capri – dovrebbe portare a negare l'ammissibilità della interpretazione; tuttavia essa appare conestata da altri indici normativi, fra cui gli artt. 600 *quinquies* e 604 c.p. (di cui si dirà oltre), sicchè essa non appare affatto, non solo concretamente ma anche esegeticamente, irrealistica.

Quel che il legislatore non ha compreso è che, punendo la mera detenzione e la circolazione fra privati e senza scopo di lucro del materiale di pornografia minorile, egli è entrato in un terreno nel quale la condotta consiste, essenzialmente, in una diversa percezione dell'esperienza sessuale. La quale è, in primo luogo, intellettuale e solo derivatamente fattuale. Il che porta a due conseguenze.

La prima è che appronta un armamentario repressivo nei confronti di pratiche sessuali che, presumibilmente, vedono coinvolto solo il fruitore del materiale pornografico al fine di privarlo dell'oggetto figurativo del suo desiderio. Il che, per trasmigrare nel campo dell'abiezione politica e con un esempio che non pochi problemi dà agli studiosi delle libertà, è come pensare di colpire la diffusione del nazismo sequestrando e punendo i detentori del *Mein Kampf*. Il parallelo con la repressione del nazismo e delle ideologie che propugnano il genocidio non è privo di significato: per quanto si possa (e si debba!) essere avversari di taluni modi di pensare, occorre sempre tenere distinti i piani del pensiero e quello dell'azione. Se è consentito a taluno riempire la casa di cimeli nazisti, vestirsi in privato da ufficiale delle SS, inneggiare davanti allo specchio allo sterminio delle «razze inferiori» senza per questo incorrere in alcun reato, non è certo per una lacuna della legge, la quale giustamente si preoccupa – oggi ancor più del passato – del riemergere di abominevoli fantasmi, ma semplicemente perché la cultura giuridica liberale ha ben chiaro il discrimine, non facile da individuare, ma essenziale, fra idea e reato. Mentre è proprio di una

cultura confessionale confondere il peccato con il crimine.

La seconda conseguenza è che, posta su questa china, la legge finisce per incagliarsi nelle paludi della psicopatologia: il «pedofilo» (posto che esista un «tipo» uniforme) agisce sulla base di pulsioni interiori non controllabili ed è, dunque, un soggetto «malato» il quale ha bisogno di consumare prodotti illeciti. La legge esige da lui una astinenza visiva, giacché, per riprendere frasi da oratorio, si pecca (e quindi si delinque) in primo luogo con gli occhi.

9. *L'universalità della repressione*

Perché non vi siano dubbi in ordine alla gravità dei reati di detenzione/circolazione di materiale pornografico minorile l'art. 604, novellato dalla L. 269/98, prevede espressamente la applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 600 *ter* u.c. e dell'art. 600 *quater* anche quando il reato sia commesso da cittadino italiano all'estero. All'atto pratico, fatta eccezione per fenomeni di delazione, la disposizione appare di scarso rilievo. Essa assume tuttavia un non indifferente rilievo simbolico: il cittadino fruitore di materiali illeciti va colpito ovunque sia stato commesso il reato e ovunque egli si trovi. Non è solo questione di deroga al principio di territorialità e di istanza del Ministero di grazia e giustizia (di cui all'art. 9 c.p.): si vuole rafforzare l'efficacia general-preventiva della norma prevedendo una sorta di reato universale. Lo Stato, novello leviatano, controlla il cittadino ovunque egli si trovi e ne reprime la condotta sessuale degradante.

Si tratta di un ennesimo esempio di norma declamatoria con la quale il legislatore fa professione di una fede ideologica: ma ancora una volta occorre ribadire che la legge – e la legge penale in particolare – non è la sede per proclamare nobili ideali (ci sono i discorsi parlamentari che sono fatti apposta per questo) bensì per fissare, razionalmente e ragionevolmente, criteri di comportamento esigibili vietando quelli che sono dannosi ad interessi pubblici e privati.

10. *Le prassi applicative*

Le critiche finora mosse riguardano il testo della legge e le concezioni dalle quali muove e alle conclusioni cui perviene. Vi è tuttavia un ulteriore

aspetto che non si può ignorare, se non si vuole cadere nella mera esercitazione esegetica, e cioè quello di valutare nel concreto l'impatto che la legge avrà o può avere. Da questo punto di vista il comparatista si trova sicuramente meglio attrezzato, culturalmente, rispetto allo studioso tradizionale del diritto penale abituato a navigare, spesso con grande acume, fra enunciato legislativo e sistema dogmatico, ma per il quale il profilo applicativo assume un rilievo spesso secondario o addirittura esterno alla propria disciplina, di competenza del criminologo o del sociologo.

Se infatti osserviamo la L. 269/98 guardando non alla *law in the books* bensì alla *law in action*, vi sono fonti di preoccupazione ben maggiori di quelle già espresse. In questo torno di anni – la considerazione è, ovviamente, opinabile, ma trova larghi consensi e numerosissimi riscontri pratici – il sistema sanzionatorio penale appare concentrato nelle sue fasi preliminari, di competenza del Pubblico Ministero. Non è questa la sede per esaminare a fondo la questione – che evidenzia un significativo spostamento, all'interno della funzione giurisdizionale, a favore del momento delle indagini, e all'interno del sistema istituzionale a favore degli uffici del Pubblico Ministero. Sarà sufficiente notare che è nel momento delle indagini che si dispiega tutto l'armamentario repressivo penale; è nel momento delle indagini che le misure restrittive della libertà personale hanno concreta incidenza; è nel momento delle indagini che si costruiscono e rafforzano taluni orientamenti interpretativi.

La fase del giudizio, una volta centrale e preminente, assume un rilievo se non secondario, sicuramente di secondo piano: la sanzione è già stata irrogata e dunque si tratta solo di verificare, in punto di stretto diritto, se ne sussistessero i presupposti. Se condanna vi sarà, la sua esecuzione sarà differita lungamente nel tempo, considerando i tre gradi di giudizio, ed il più delle volte eventuale, considerando i vari benefici di legge e le ricorrenti amnistie.

Peraltro la sanzione preliminare, oltre che immediata, gode di uno strumento extra-processuale individual-repressivo e general-preventivo di enorme impatto e cioè la pubblicità attraverso i mezzi di comunicazione di massa. Talvolta è sufficiente la sola notizia dell'indagine, senza che vi siano provvedimenti restrittivi, a soddisfare l'esigenza repressiva.

È in questo contesto – e non nel migliore dei mondi possibile – che si inserisce la L. 269/98, la quale, grazie anche alla indeterminatezza delle fattispecie incriminatrici ed in particolare alla nozione di «pornografia minorile», rimette sostanzialmente non al giudice, e nemmeno al Pubblico Ministero, ma agli agenti di polizia giudiziaria la qualificazione di illiceità.

Con tutto quello che segue: giacché, se – come sarebbe d’obbligo e conforme a civiltà – l’accertamento rimanesse nel chiuso di un fascicolo da sottoporre all’esame del magistrato inquirente prima e di quello giudicante poi, la vicenda avrebbe contorni fisiologici. Ma se, invece, tali accertamenti vengono immediatamente comunicati ai mass-media, l’effetto stigmatizzante (la qualifica di «pedofilo») ha effetti devastanti e, prevedibilmente, irreparabili.

Ma la L. 269/98 fa di più: quando all’art. 14, sotto l’eufemistica rubrica «Attività di contrasto», autorizza la polizia giudiziaria a «utilizzare indicazioni di copertura, anche per attivare siti nelle reti, realizzare o gestire aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi telematici, ovvero per partecipare ad esse», si va ben oltre la tradizionale figura dell’«agente provocatore», e si evidenzia l’intento primario di portare allo scoperto – e poi colpire – i soggetti che potenzialmente rispondono al «tipo normativo d’autore». Si dirà che tale attività richiede l’autorizzazione dell’autorità giudiziaria, ma subito il primo commento (O. FORLENZA, in *Guida al Diritto*, cit. p. 57) avverte, con disarmante franchezza, che «la disposizione sembra presentarsi o come un inutile “impaccio” all’attività di indagine, e quindi alle finalità che lo stesso legislatore intende, ovvero come una tipica norma della quale la prassi determinerà l’aggiramento».

11. *L’elemento soggettivo*

Alle considerazioni fin qui svolte si potrebbe muovere l’obiezione che le figure di reato introdotte dalla L. 269/98 sono tutte dolose; e dunque le preoccupazioni per il coinvolgimento di soggetti, in particolare imprenditoriali, che svolgono un ruolo inconsapevole, o comunque solo colposo, nella circolazione del materiale di pornografia minorile (o nel «turismo sessuale», di cui all’art. 600 *quinquies*), sono infondate.

Tale rassicurazione, per quanto fondata su considerazioni pienamente condivisibili (l’*Internet provider* non ha la possibilità di conoscere il contenuto di un «sito» o di verificare il contenuto delle comunicazioni fra gli utenti) e recepita dalla Commissione europea nella sua proposta di direttiva sul commercio elettronico, trascura tuttavia il contesto del quale si è appena detto. La polizia giudiziaria va alla ricerca degli elementi materiali del reato, lasciando al magistrato, in specie a quello giudicante, la esatta qualificazione e individuazione dell’elemento soggettivo. Nel caso di specie,

poi, la complessità delle tecnologie utilizzate richiederà, per l'accertamento della consapevolezza dell'agente, perizie di non rapido espletamento. Nel frattempo i provvedimenti restrittivi saranno già stati assunti con danno economico e di immagine incalcolabile.

In altre parole ci si avvia verso una vicenda che, presumibilmente, ricalcherà quella, durata alcuni decenni, che ha coinvolto gli edicolanti incriminati per la diffusione di materiale contrario al buon costume *ex art.* 528 c.p. Anche in quel caso gli edicolanti venivano colpiti in quanto «anelli deboli» della catena distributiva.

Nell'impossibilità (o nell'estrema difficoltà) di reprimere i produttori di materiale ritenuto osceno, si individuava un soggetto posto nella fase finale del processo di circolazione, confidando che ciò avrebbe tolto dal mercato i prodotti illeciti. Anche lì le motivazioni erano in primo luogo d'ordine morale ed il bene giuridico da salvaguardare era, *in primis*, il senso del pudore della gioventù. È ben chiara – oggi – la profonda differenza che vi è fra una opera pornografica *tout court* ed una opera di pornografia minorile, la quale ha alla sua base un atto di sfruttamento – e dunque un abuso – sessuale di un minore. Tuttavia il parallelo con la vicenda passata serve ad evidenziare come si tenda, oggi come allora, a giustificare il mezzo con il fine.

La vicenda della repressione penale degli edicolanti è esemplare anche sotto un altro aspetto: per un verso essa avvenne in modo variegato a seconda del maggiore o minore zelo degli uffici giudiziari e della polizia giudiziaria; in secondo luogo essa dette luogo a un notevole contenzioso; in terzo luogo tutto questo dispiegamento di energie investigative e giudiziarie non sortì effetto alcuno (se l'effetto, dichiarato, voleva essere quello di impedire la circolazione di materiale osceno); in quarto luogo, per porre fine ad una inutile persecuzione, dovette intervenire il legislatore con la L. 17 luglio 1975, n. 355, per escludere la punibilità degli edicolanti, a meno che questi non esponessero «in modo da renderle immediatamente visibili al pubblico, parti palesemente oscene delle pubblicazioni». Ed anche se tale normativa ha dato luogo a qualche incertezza (ad esempio non si applica ai rivenditori di videocassette, secondo Cass. 15 gennaio 1992, Sidoli; o al reato di cui all'art. 1 della L. 12 dicembre 1960, n. 1591, secondo Cass. 2 aprile 1980, Caffiero) essa è servita a chiarire l'abnormità e l'inutilità, in termini di politica criminale, della divisata repressione.

Se si richiama questa vicenda, neanche tanto remota, è per evidenziare come il legislatore sia totalmente smemorato e si ostini a non imparare le lezioni dalla storia. Viene da chiedersi se anche con riguardo agli *Internet*

providers occorrerà attendere la consueta *via crucis* di incriminazioni, processi, condanne (o assoluzioni) distribuiti per tre gradi del giudizio, prima che un altro legislatore, resosi conto della assurdità ed inanità dell'azione repressiva, proceda ad un *revirement*.

12. *Le alternative*

Il vizio di fondo dalla L. 269/98 è che il legislatore non pare avere alcuna consapevolezza della funzione della normativa criminale e, preso da una frenesia pan-penalistica, utilizza la legge come un selvaggio utilizzerebbe la clava. Poco importa che nel rotearla vengano colpiti persone, interessi e valori non solo estranei allo scopo sanzionatorio ma anche protetti: occorre proclamare e declamare che si intendono debellare forme di criminalità ritenute pericolose ed abiette. La visione «bellica» o da «crociata» ha come prima ed inevitabile conseguenza che *à la guerre comme à la guerre* e dunque è previsto ed inevitabile che vi siano delle vittime innocenti.

Non è una grande consolazione constatare che anche in altri paesi si proceda sommariamente: si legga la motivazione del Tribunal correctionnel du Mans del 16 febbraio 1998 (in «*Expertises*», giugno 1998, p. 194) dove utilizzando la norma (che il commentatore qualifica «sesamo!») sulla ricettazione viene condannato un dipendente pubblico il quale aveva raccolto, attraverso Interent, un numero elevato di foto pedofile, in considerazione del fatto che esse sono «particolarmente ripugnanti» e che il loro «numero impressionante denota più di una curiosità malsana». Il che ovviamente pone analoghi problemi di (in)determinatezza della fattispecie penale.

Eppure se solo il legislatore avesse guardato alla più importante esperienza di disciplina della trasmissione sulle reti telematiche, e cioè quella degli Stati Uniti (che agli occhi della maggioranza dei parlamentari appare – senza che ne abbiano spesso reale conoscenza – un modello da seguire), avrebbe potuto constatare *in subiecta materia* un ben diverso atteggiamento. L'esempio degli Stati Uniti è peraltro illuminante: di certo esso non è un paese di grande apertura verso le deviazioni della morale comune, anzi, come insegnano le recenti disavventure che hanno travolto addirittura il Presidente della Federazione, il puritanesimo continua ad essere un elemento vivo e vivificante di questa società. Non si dimentichi poi che nella maggioranza degli Stati del sud, pratiche sessuali «anormali», non sono fra adulti consenzienti, ma addirittura fra moglie e marito sono,

sulla carta, puniti con severe sanzioni penali.

In questo contesto, non certo favorevole, si leggano la sentenza della Corte Federale del Distretto Orientale della Pennsylvania 11 giugno 1996 (in *Dir. inf.*, 1996, p. 604) e la susseguente decisione della Corte Suprema 22 giugno 1997 (*ivi*, 1998, p. 64), con le quali è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle sanzioni (a dire il vero bagatellari) comminate dal Telecommunications Act del 1996 nei confronti di coloro che in qualche modo agevolano o consentono a minori l'accesso, tramite Internet, a materiale ritenuto pornografico o osceno. Le Corti, pur apprezzando l'intento del Congresso di tutelare i minori, osservano che le disposizioni erano vaghe e generiche, tali da determinare un eccesso di deterrenza ledendo i diritti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero e alla *privacy*.

Il concetto di «over-breadth» (cioè di «eccessività») è, invece, totalmente sconosciuto alla L. 269/98, la quale costituisce un esempio di esizialità della confusione fra morale e diritto e della dilagante tendenza verso forme di giustizia sommaria, particolarmente evidente non appena si entra nella sfera sessuale (si v. a tal proposito le parallele considerazioni di S. MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996, n. 66): un esempio di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 395). Oltretutto, e non si tratta dell'ultima delle colpe della legge, costringe chi non condivide nulla – ed anzi trova ripugnanti – di taluni costumi sessuali ad alzare la voce per protestare contro la ben più grave violenza che viene compiuta in danno della Giustizia, che non è una minore, ma rischia di diventare minorata.

*La responsabilità per procreazione**

A NOAH VARDI

SOMMARIO: 1. Il caso dell'eredoluetico e la decisione del Tribunale di Piacenza – 2. I fattori di novità: il progresso scientifico e la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza. – 3. L'esperienza nord-americana – 4. Il caso *Zepeda v. Zepeda* – 5. Gli sviluppi del *tort di wrongful life* – 6. Il *tort di wrongful birth* – 7. L'area del danno risarcibile – 8. La questione del «diritto a non nascere» – 9. Il «diritto a nascere sani» – 10. Il conflitto fra il diritto di procreare e la salute del minore – 11. La responsabilità del medico verso il minore – 12. Prospettive di riforma.

1. Il caso dell'eredoluetico e la decisione del Tribunale di Piacenza

«Mi pare che il danno al nascituro, nella singolarità del caso, scopra l'incoerenza della legge. Una contraddizione che spiega la dolorosa incertezza del giudice e l'inquietudine amara del lettore». ¹ Con queste parole Pietro Rescigno chiudeva, trent'anni fa, l'acceso dibattito seguito alla sentenza del Tribunale di Piacenza con la quale era stato riconosciuto il diritto di una minore eredoluetica al risarcimento del danno (consistente nella menomazione fisica) nei confronti dei propri genitori ².

Una sentenza che per la sua novità e per la sua divergenza da alcuni principi metagiuridici, ritenuti intangibili, aveva suscitato se non scandalo, certamente vivaci reazioni soprattutto nella dottrina: fra le voci, che con varie argomentazioni, criticarono la decisione vanno ricordate quelle di Carnelutti ³, Candian ⁴, Dal Martello ⁵, S. Lener ⁶, Pugliese ⁷. Forse anche per

* Pubblicato in *Giurisprudenza Italiana* 1986, IV, 113.

¹ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, I, 614, p. 635.

² Trib. Piacenza 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, 987.

³ F. CARNELUTTI, *Postilla*, in *Foro it.*, 1951, I, 989.

⁴ AUR. CANDIAN, *L'azione di danno dell'eredoluetico contro i genitori*, in *Temi*, 1952, 119.

⁵ A. DAL MARTELLO, *Postilla*, in *Temi*, 1952, 122.

⁶ S. LENER, *Mero delitto civile la paternità?* In *Foro it.*, 1952, IV, 18.

⁷ G. PUGLIESE, *Responsabilità morale e responsabilità giuridica per la procreazione di figli eredoluetici*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, 3°, 1903.

tale clamore⁸, della causa non si registrano gli esiti nei successivi gradi del giudizio né risultano edite decisioni attinenti a fattispecie analoghe⁹. La distanza del tempo e il confronto con esperienze straniere impone però una rivalutazione della pronuncia non tanto per l'orientamento da essa affermato – con il quale si può concordare o dissentire – ma per l'aver anticipato e prospettato in modo non tradizionale una serie di questioni che oggi, a molti decenni di distanza, si ripropongono con urgenza e frequenza. Il merito dei giudici piacentini fu dunque quello di innescare un dibattito che – pur tra inevitabili schematismi e contraddizioni – dissodò un terreno che ora necessita di essere, per così dire, coltivato, cioè ordinato per risposte coerenti e – il punto è ancora più vivo in questa materia – conformi a giustizia.

Gli eventi della vita e della morte hanno sempre trovato considerazione nel mondo del diritto, costituendone spesso l'*alfa* e l'*omega*¹⁰. Oggi, seguendo una cultura dominante nei paesi c.d. occidentali, l'attenzione e l'analisi si incentrano soprattutto sulla *qualità* di questi fatti, le modalità

⁸ Oltre agli scritti già citati, vanno ricordati quelli di G. COFANO, *Intangibile la libertà sessuale?*, in *Foro it.*, 1952, IV, 12; M. ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*, in *Foro it.*, 1951, I, 987; E. MINOLI, *Responsabilità civile dei genitori verso il figlio*, in *Studi Donati*, Bologna, 1954, p. 211; T. MIRABELLA, *Su di una presunta responsabilità dei genitori verso i figli ereditari*, in *Dir. eccl.*, 1952, II, 396; A. MUSATTI, *Ancora sulla responsabilità della procreazione*, in *Foro it.*, 1952, IV, 15; V.M. PALMIERI, *Sulla responsabilità civile per infermità trasmesse alla prole mediante la genetica*, in *Difesa sociale*, 1952, 39.

⁹ La Corte d'Appello di Bologna dichiarava che la madre non poteva proporre l'azione per la figlia ereditaria per l'evidente conflitto di interessi, e disponeva la nomina di un curatore speciale. La decisione App. Bologna 7 giugno 1951 si legge in *Riv. Dir. Com.*, 1952, II, 338 con nota di M. CASELLA, *Ancora sul diritto dell'ereditario al risarcimento dei danni da parte dei genitori*. Fanno riferimento a casi proposti al giudice ma non risolti due brevi note pubblicate in *Riv. Med. Leg.*, 1982, 901 e 1983, 812. Successivamente alla redazione di questo testo è stata pubblicata la decisione di Trib. Padova 9 agosto 1985 (in *Foro it.*, 1986, I, 115, con ampio commento di P. ZATTI, e in *Foro it.*, 1986, I, 1995, con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza*) con la quale sono stati liquidati L. 15 milioni ai genitori che lamentavano di essere stati «costretti» a dare vita ad un figlio, sano ma (non) voluto, a seguito di una negligente interruzione della gravidanza che non aveva conseguito il risultato richiesto.

¹⁰ I temi della vita e della morte sono stati al centro di un convegno dell'Accademia dei Lincei (Roma, maggio 1982) cui la dottrina civilistica ha dato un notevole apporto; v. le diverse relazioni pubblicate in *Riv. Dir. Civ.*, 1982: A. FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, *ivi*, p. 634; A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, *ivi*, p. 597; nonché L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1117. Sul tema v. ora A. GORASSINI, *Procreazione*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987.

con cui avvengono: si pensi solo ai temi della inseminazione artificiale¹¹ e dell'eutanasia. Si chiede al diritto non semplicemente di registrare gli eventi naturali, bensì di regolarli, o meglio di regolare la facoltà dell'uomo di influire sul loro concreto realizzarsi.

La finalità – che trova illustri precedenti nella storia – è quella di una «buona vita», di una «buona morte». Si chiede al giurista di dare soluzioni ai problemi sollevati dal filosofo, dall'antropologo, dallo psico-analista¹². Va quindi evidenziato il terreno fragilissimo su cui ci si muove, sul quale è quasi inevitabile che la sensibilità di un interprete confligga con (o addirittura ferisca) quella di un altro; dove si corre costantemente il pericolo di franare dal terreno della realtà normativa (che pure è soggetto a molteplici e soggettive interpretazioni) su quello del dover essere¹³.

2. I fattori di novità: il progresso scientifico e la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza

Il problema della responsabilità per procreazione necessita oggi di urgente e attenta considerazione a seguito di due fatti: lo straordinario progresso medico che consente di prevedere con estrema sicurezza la nascita

¹¹ Sull'inseminazione artificiale – tema che per molti aspetti solleva questioni di responsabilità non dissimili da quelle qui affrontate – per le sue complesse implicazioni etiche molto attenta è stata soprattutto la dottrina di formazione cattolica; v. per le opere più risalenti di F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale*, Padova, 1961; V. TAZZIOLI, *Aspetti giuridici dell'inseminazione artificiale nel diritto canonico*, Modena, 1966. Più recentemente, anche in relazione alle scoperte della scienza medica, C. SEMIZZI, *Rilievi giuridici sulla inseminazione artificiale*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 41; nonché gli atti del convegno promosso dall'U.G.C.I. (Roma, dicembre 1984) sul tema «Manipolazioni genetiche e diritto» ed in particolare le relazioni di M. CONFORTI, L. LOMBARDI VALLAURI, F. MANTOVANI e F. SANTOSUOSSO, pubblicate in *Iustitia*, 1985, rispettivamente alle pagine 312, 1, 281 e 345. v. infine M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 417 ove ampi richiami di dottrina e giurisprudenza; nonché G. FERRANDO, *Procreazione artificiale: verso la regolamentazione per legge*, in *Pol. Dir.*, 1986, 501.

¹² Sugli aspetti morali del tema v. di recente il fascicolo n. 3/1985 di *Concilium* dedicato a «Suicidio e diritto alla morte».

¹³ Non sembra agevolare la soluzione del problema il frequente ricorso alla retorica fin troppo facile *in subiecta materia*: così si potrebbe dire che a F. CARNELUTTI (il quale negando la natura dannosa della nascita affermava «se Leopardi fosse stato un atleta, mancherebbe, assai probabilmente, al mondo una delle sue bellezze più pure») aveva risposto oltre un secolo prima lo stesso Poeta nel «*Canto notturno di un pastore errante dell'Asia*»: «funesto a chi nasce il di natale».

di un soggetto affetto da grave malformazione fisica e/o *deficit* mentale; l'introduzione della L. 22 maggio 1978 n. 194 che regola l'interruzione volontaria della gravidanza entro i 90 giorni dal concepimento e – in taluni casi – anche oltre quel termine¹⁴.

Si potrebbe – a prima vista – pensare essere così risolto (o risolvibile) il problema posto ai giudici piacentini dall'eredoluetico: nel senso che se i genitori avessero saputo con certezza del contagio subito dal feto e avessero potuto interrompere lecitamente la gravidanza, il caso non sarebbe forse mai sorto. In realtà se i due fatti che innovano la realtà preesistente certamente semplificano la problematica, restringendo il campo delle congetture e delle fantasie, essi, nel contempo, lo complicano moltiplicando le fattispecie concrete che potrebbero verificarsi ed aumentando il numero dei soggetti – oltre ai genitori e ai figli – coinvolgibili.

Volendo compilare un elenco delle situazioni-tipo che potrebbero proporsi all'esame dei giudici esso comprenderebbe:

- a) L'azione del figlio nei confronti dei genitori per averlo messo alla luce;
- b) L'azione del figlio nei confronti dei genitori per averlo messo alla luce, nonostante la conoscenza dei suoi *handicap* fisici e/o mentali o dell'alto rischio del loro verificarsi;
- c) L'azione dei genitori e/o del figlio nei confronti di operatori o istituzioni sanitarie responsabili di non aver impedito – come richiesto – il concepimento o la nascita;
- d) L'azione dei genitori e/o del figlio nei confronti di operatori o istituzioni sanitarie responsabili di non aver fornito le dovute informazioni sulla presenza (o sull'alto rischio) di *handicap* fisici e/o mentali nel nascituro.

Si omette di considerare le fattispecie in cui l'operatore o l'istituzione sanitaria (o soggetti terzi, come ad es. l'industria farmaceutica) sono *direttamente* responsabili per *handicap* o lesioni nella fase prenatale o nel parto¹⁵, in quanto esse, nonostante talune obiezioni, si possono ricondurre

¹⁴ L'analisi giuridica della L. 22 maggio 1978, n. 194 è spesso influenzata dal forte contrasto di opinioni sulla legge stessa. Per i primi commenti v. le osservazioni di G. CIAN in *Nuove leggi civ.*, 1978, 901 e la dettagliata analisi curata da C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI, *ivi*, p. 1593; nonché G. GALLI *et al.*, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, Milano, 1978; C. CASINI – F. CERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978.

¹⁵ V. sulle lesioni durante il parto Trib. Milano, 13 maggio 1982, in *Resp. Civ.*, 1983, 156 (la decisione liquida una delle più alte somme mai concesse, almeno dalla giurisprudenza edita: 890 milioni alla minore e 110 milioni ai genitori, con interessi dal 1969, cioè in totale ben oltre il miliardo e mezzo. V. ora, per un caso analogo Trib. Treviso 13 marzo

nel tradizionale schema della condotta illecita cui consegue, conformemente ad un principio di causalità adeguata, un evento dannoso.

3. *L'esperienza nord-americana*

Per comprendere come potrebbe comportarsi il giudice italiano, oltre al dibattito sul caso dell'eredoluetico può essere utile esaminare le esperienze di alcuni ordinamenti stranieri dove le questioni sono state già poste e si è tentato di darvi soluzione.

Recentemente sono stati analizzati gli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina tedesche¹⁶; qui si tenterà di sintetizzare le esperienze nord-americane, particolarmente stimolanti per un duplice motivo: da un lato perché quel paese è all'avanguardia nella ricerca medica e quindi, prima che altrove, le scoperte scientifiche – anche per l'aspetto che interessa – trovano applicazione ed entrano nella pratica di operatori ed istituzioni; dall'altro perché nel campo degli illeciti civili (i *torts*) ampia e consolidata è la giurisprudenza in tema di responsabilità medica e grande è l'attenzione verso di essa anche per le ingentissime conseguenze d'ordine economico e sociale.

Nella terminologia giuridica di *common law* – in costante aggiornamento e spesso di grande efficacia sintetica – le situazioni-tipo che si sono elencate prima vengono indicate con le espressioni «*wrongful life*», e «*wrongful birth*», e «*wrongful pregnancy*», intraducibili nella loro letteralità, ma nelle quali l'uso di *wrongful* indica un atto illecito connesso rispettivamente alle generali condizioni di vita (*life*), alla nascita (*birth*) in sé e per sé considerata, e alla gravidanza (*pregnancy*)¹⁷.

1986 (Piasentin c. Ente osp. Veneto, risulta inedita) ove sono stati liquidati circa un miliardo di lire a titolo di risarcimento danni.

¹⁶ V. A. PRINCIGALLI, *Quando la nascita non è un lieto evento. Una nuova frontiera dell'errore medico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 833.

¹⁷ I temi di «*wrongful life*» e «*wrongful birth*» hanno ricevuto ampia attenzione da parte della dottrina americana. Si v. in particolare fra gli scritti più recenti J.S. KASHI, *The Case of the Unwanted Blessing: Wrongful Life*, 31 *U. Miami L. Rev.* 1409 (1977); H.B. ROBERTSON *Toward Rational Boundaries of Tort Liability for Injury to the Unborn: Prenatal Injuries, Preconception Injuries, and Wrongful Life*, 1978 *Duke L.J.* 1401; A.M. CAPRON, *Tort Liability in Genetic Counseling*, 79 *Colum. L. Rev.* 618 (1979) (nonché allo stesso A., il più risalente *Informed Decisionmaking in Genetic Counseling: A Dissent to the «Wrongful Life» Debate*, 48 *Ind. L.J.* 581 (1973). Inoltre alcuni dei numerosi *Notes e Comments* sull'argomento: COMMENT, «*Wrongful Life: The Right Not to Be Born*», 54 *Tul. L.Rev.* 65

4. *Il caso Zepeda v. Zepeda*

Per *wrongful life* si intende l'azione nella quale un soggetto lamenta il fatto di essere stato messo al mondo, generalmente in una situazione di svantaggio fisico, mentale o morale. Il primo caso che si registra è *Zepeda v. Zepeda* del 1963¹⁸ ed è interessante notare come esso segua di oltre un decennio analoghe decisioni italiane e tedesche; non sembra che l'eco di quelle vicende abbia superato l'oceano, e pertanto è estremamente significativa – sotto il profilo comparatistico – la ricorrenza di motivazioni pressoché identiche, pur nella diversità dei sistemi di *civil* e di *common law*¹⁹.

Il caso *Zepeda* ha come punto di partenza un avvenimento assai comune (la cui rilevanza nell'ordinamento italiano si vedrà più approfonditamente oltre): la seduzione con promessa di matrimonio da parte di un uomo sposato e la nascita di un figlio. Senonché – ed è questo l'elemento di differenza rispetto all'esperienza italiana – l'azione contro il seduttore viene intentata non dalla madre sedotta, bensì dal frutto della relazione adulterina, che lamentava di aver subito un danno per essere stato messo al mondo in uno stato di illegittimità che lo metteva in grave svantaggio sociale e lo esponeva, in quanto «bastardo», al disprezzo della comunità. Le argomentazioni dei giudici dell'Illinois con le quali essi respingono la domanda, sono per la loro ampiezza, estremamente interessanti.

La sentenza premette la irrilevanza dell'eventuale natura illecita della seduzione con promessa di matrimonio e accentra la sua attenzione preliminare sull'obiezione se sia ammissibile che un illecito possa essere compiuto contro un soggetto nel momento stesso del suo concepimento.

La questione è stata ripetutamente posta – in Italia²⁰ - in relazione

(1981); COMMENT, *Wrongful Birth and Wrongful Life: Questions of Public Policy*, 28, *Loy L. Rev.* 77 (1982).

¹⁸ *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849 (19693); se ne vedano i commenti in 77 *Harv. L. Rev.* 1349 (1964) e in 49 *Iowa L. Rev.* 1005 (1964); nonché l'eco italiana nella breve notizia di V. MANGINI, *Un nuovo caso di «danno da procreazione»*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, 609. Un ampio commento del caso *Zepeda* (nonché di quello successivo *Williams*) dal punto di vista del diritto tedesco è composto da M. RHEINSTEIN, *Rechtswidrige Erzeugung menschlichen Lebens. Ein neuer Grund deliktischer Haftung* in *Festschrift Hippel*, Tubinga 1967 p. 373 e ripubblicato nei suoi *Gesammelte Schriften*, Tubinga 1979, p. 383.

¹⁹ Ad es. E. MINOLI, *op. cit.*, p. 221 ipotizza proprio la fattispecie riscontrata nel caso *Zepeda*.

²⁰ V. M. ELIA, *op. cit.*, p. 988, nonché gli AA. citati *infra* nt.53

al caso dell'eredoluetico come ostacolo logicamente insormontabile all'accoglimento della sua domanda; diverso è però l'avviso dei giudici americani i quali osservano – e l'argomento si rinviene anche in taluni autori italiani²¹ – che nella lesione prenatale questa può avvenire non solo durante la gestazione, ma addirittura prima di questo momento. Il punto è – sempre secondo la sentenza – non la contemporaneità o distanza nel tempo fra condotta illecita ed evento dannoso, bensì l'esistenza di un nesso causale fra l'una e l'altro²². Irrilevanti sono inoltre, a giudizio della Corte, le obiezioni che il danno lamentato non fosse alla persona fisica, ma al suo *status* e che al momento della lesione l'attore non fosse soggetto giuridico.

Tuttavia nella domanda i giudici non rinvencono alcuna tradizionale *cause of action* rientrante fra i *torts*: non quella della dolosa inflizione di una sofferenza mentale (*intentional infliction of emotional distress*), né quella di diffamazione. Quanto alla doglianza di essere stato privato dell'ambiente familiare e di una situazione di parità con i figli legittimi, osserva la Corte che anche i figli legittimi hanno un interesse ad essere circondati dall'affetto della famiglia, ma non possono agire contro i propri genitori se questo manchi o venga meno, ad es. a seguito di divorzio. Non si comprenderebbe pertanto perché attribuire al figlio naturale maggiori diritti che a quello legittimo.

I giudici però affermano che sarebbe una «mera finzione» sostenere che l'attore non ha subito alcun danno, essendo indubbio che, a parte la sofferenza per essere stato chiamato «bastardo», egli è posto in una condizione di inferiorità fin dalla nascita. La reiterazione della sua domanda e quindi il diniego di dare vita ad un nuovo *tort* che la Corte chiama – coniato il termine - «*wrongful life*» deve fondarsi dunque su prevalenti considerazioni d'ordine, giuridico, sociale e giudiziario.

Non è tanto il pericolo di una «inondazione» di cause da parte dei figli illegittimi (il cui numero nell'Illinois ammonta ad oltre diecimila l'anno) a indurre la Corte ad estrema cautela, quanto l'impossibilità di prevedere le conseguenze che una decisione favorevole al *tort di wrongful life* potrebbe avere con riguardo a situazioni analoghe di svantaggio per il minore, quali il colore della pelle, una malattia ereditaria, le disagiate condizioni familiari o, proiettandosi nel futuro e riferendosi alle banche del seme, la

²¹ V. P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit. p. 630.

²² Si v. però la resistenza delle corti americane a riconoscere questo principio in relazione alle lesioni prodotte da terzi alla madre incinta ed estese al feto. Solo nel 1946 si verifica quel che W.I. PROSSER (*Handbook of the Law of Torts*, St. Paul, Minn, 171, p. 336) definisce «la più spettacolare improvvisa revisione di un principio consolidato nella storia della *law of torts*».

insoddisfazione per le qualità genetiche scelte dai genitori²³.

Una pronuncia di tale portata sarebbe dunque al di fuori delle competenze giurisdizionali e spetterebbe semmai al potere legislativo.

Se si sono riportate le motivazioni del *leading case* americano è perché in esso sono ben sintetizzate alcune delle questioni – sia strettamente civilistiche, sia di principi generali dell'ordinamento – che ricorreranno con frequenza nelle decisioni successive. Soprattutto si evidenzia una convinzione ampiamente diffusa nella dottrina e nella giurisprudenza americana sul ruolo «politico» della responsabilità civile, ovverosia della sua evoluzione a seguito di precise politiche del diritto che spetta al legislatore indicare. Un punto di grande rilievo sarà ripreso oltre.

5. *Gli sviluppi del tort di wrongful life*

Dopo il caso *Zepeda*, si registrano solo pochissime decisioni che vedano contrapposti i figli ai genitori²⁴, mentre i convenuti tendono ad essere operatori e istituzioni sanitarie; il *tort di wrongful life* si inserisce dunque all'interno del sistema di responsabilità medica. Tale sviluppo va collegato alla decisione della Corte Suprema *Roe v. Wade* del 1972 con la quale viene riconosciuta la legittimità costituzionale della interruzione volontaria della gravidanza entro i primi tre mesi²⁵.

Così è possibile distinguere i casi (e la distinzione verrà anche successivamente) in cui il minore lamenta che l'altrui negligenza ha determinato la propria nascita, senza però *handicap* fisici o mentali, da quelli – e sono la maggioranza – in cui la nascita è accompagnata da malformazioni prevedibili.

Nei primi²⁶ si è negato – recisamente – che il nascere con un certo *status* sociale (anziché un altro) possa costituire un danno risarcibile; nei secondi

²³ V. le analoghe ipotesi proposte da E. MINOLI, *op. cit.*, p. 221.

²⁴ V. ad es. *Slawek v. Stroh*, 62 Wis. 2d 295, 215 N.W. 2d 9 (1974), con fattispecie e risultato identico al caso *Zepeda*.

²⁵ *Roe v. Wade* (410 US 113) (1972) deciso assieme al caso *Doe v. Bolton* (410 US 179).

²⁶ V. i casi *Williams v. State*, 18 N.Y. 2d 481, 276 N.Y.S. 2d 885, 223 N.E. 2d 343 (1966); e *Foy v. Greenblott*, 141 Cal. App. 3d 1, 190 Cal. Rptr. 84 (1983); in entrambi l'azione era stata portata dal figlio di una donna ricoverata in un istituto psichiatrico, che contestava ai sanitari la responsabilità per non aver impedito gli atti di violenza carnale sulla madre, dai quali poi era derivata la generazione. Del primo si v. la breve notizia di V. MANGINI, *Ancora un caso di «danno da procreazione»*, in *Riv. dir. civ.*, 1967 II, 307.

invece, gli orientamenti sono diversi anche se in prevalenza anch'essi contrari al riconoscimento del *tort di wrongful life*²⁷.

Gli argomenti addotti da questa giurisprudenza sono essenzialmente metagiuridici o connessi a principi di ordine pubblico. Nel primo caso avente ad oggetto la nascita di un bambino con gravi malformazioni a seguito della mancata comunicazione da parte dei medici delle conseguenze della rosolia durante la gravidanza, *Gleitman v. Cosgrove*²⁸, i giudici rigettavano la domanda per tre ragioni: la intrinseca contraddittorietà di una pretesa al cui fondamento è posta una richiesta del soggetto di non esistere; la mancanza di un nesso causale fra la condotta dei medici e la condizione del minore, peraltro incurabile; la inadeguatezza del sistema della responsabilità civile a risolvere con lo strumento risarcitorio situazioni nelle quali il confronto non è fra lo stato del soggetto prima e dopo l'evento dannoso, ma fra il nulla della non esistenza ed una vita pur handicappata. Sui principi della responsabilità civile si fonda anche il rigetto della domanda del minore nel caso *Stewart v. Long Island College Hospital*²⁹ ove si osserva che il più grave degli illeciti contro la persona umana è la soppressione della sua vita e l'intero sistema ruota attorno a questo principio; esso verrebbe sconvolto se si accettasse la tesi che la non esistenza può essere ottimale rispetto all'esistenza, quali che siano le sue condizioni.

Più recentemente le corti federali investite della questione non hanno condiviso le argomentazioni più strettamente connessi alla particolare natura dell'illecito, osservando che il nesso causale si pone fra la mancata comunicazione di malformazioni *in utero* e la conseguente nascita (anziché l'interruzione della gravidanza) e che per la valutazione e quantificazione del danno sono stati in passato superate difficoltà ben più gravi di quelle esistenti nei casi di *wrongful life*³⁰. Invece si è ritenuto che l'argomento chiave per respingere la domanda risieda nel principio di sacralità della

²⁷ Nella maggior parte dei casi di *wrongful life o wrongful birth* si lamenta la mancata diagnosi della rosolia durante la gravidanza (con conseguente mancata previsione di *handicap* fisici e mentali); della sindrome di Down (mongolismo); del morbo di Tay Sachs (cretinismo genetico). Si tengano presenti anche i rischi derivanti dall'effettuazione dell'amniocentesi: v. *Karas v. Jackson*, 582 F.Supp. 43 (1983).

²⁸ *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22, 227 A 2d 689 (1967).

²⁹ *Stewart v. Long Island College Hospital*, 35 A.D. 2d 531, 313 N.Y.S. 2d 502 (1968).

³⁰ *V. Philips v. United States*, 508 F. Supp. 537 (1980) (caso di un minore affetto dalla sindrome di Down che agisce contro i responsabili dell'ospedale militare che non avevano diagnosticato la malformazione genetica); a livello statale v. *Berman v. Allan*, 80 N.J. 421, 404 A. 2d 8 (1979) (anche in questo un caso di mongolismo non diagnosticato).

vita, per cui essa è comunque preferibile alla non vita³¹; ad esso si associano considerazioni sulla distinzione fra i poteri legislativo e giudiziario e sul pericolo di aprire la strada ad una pletora di azioni di difficile accertamento.

A fronte di questo corpo giurisprudenziale che si è andato consolidando nel corso degli anni, si registrano alcune decisioni – quasi tutte pronunciate da giudici della California – in cui, almeno in via di principio, non viene negata la riconoscibilità di un *tort* di *wrongful life*³². Tuttavia, a ben vedere, esse sotto questo *nomen* stabiliscono l'ammissibilità di domande che avrebbero potuto essere proposte dai genitori³³. In altre parole si riconosce in astratto che il minore possa agire in giudizio lamentando che le proprie condizioni sono causalmente legate all'altrui negligenza³⁴, ma poi, in contrasto, si rigetta la domanda perché duplicativa di quella avanzata dai genitori o la si accoglie solo nella misura in cui i danni subiti e futuri non

³¹ Ma v. l'obiezione di A.M. CAPRON, *Tort Liability*, cit., p. 651 secondo cui la preferibilità di una vita handicappata alla non-vita non è un principio generale, bensì una questione di fatto e riporta alcune descrizioni mediche di malattie genetiche terrificanti che in effetti pongono dubbi angosciosi all'interprete.

³² Nel caso *Turpin v. Sortini*, 31 Cal 3d 220, 182 Cal. Rptr. 337, 643 P2d 954 i giudici hanno ritenuto inammissibile la domanda del minore per «*general damages*» (ovverosia per tutti i danni, anche presunti e morali derivanti dall'altrui illecito), e ammissibile limitatamente alle «*spese straordinarie*» per insegnamento e addestramento particolare nonché per apparecchi per l'udito vita natural durante, limitatamente alle somme non già ottenute dai genitori e a condizione che si dimostrasse il nesso causale fra la negligenza dei convenuti ed il suo bisogno di cure e assistenza specialistica. In *Curlender v. Bio-Scienze Laboratories*, 106 Cal. App. 3d 811, 165 Cal. Rptr. 477 si è riconosciuto il diritto – in astratto – del minore (affetto dal morbo di Tay Sachs) di agire contro il laboratorio di analisi negligente limitatamente al risarcimento del danno patrimoniale per cure e assistenza, ma solo se non è pendente domanda dei genitori per il risarcimento degli stessi danni. In *Call. v. Kezirian*, 135 Cal. App. 3d 189, 185 Cal. Rptr. 103, ad una minore affetta da mongolismo è stato riconosciuto il diritto di modificare la propria domanda iniziale di «*general damages*» in una richiesta di risarcimento delle spese straordinarie per cura e assistenza.

³³ Afferma A.M. CAPRON *Tort Liability*, cit. p. 647 che attorno all'etichetta di «*wrongful life*» si è sviluppata una «nebbia» in gran parte determinata dall'estensione dei criteri adottati per escludere la responsabilità dei genitori nel caso Zepeda ad altri casi riguardanti invece una responsabilità medica (p. 666).

³⁴ La dottrina favorevole al riconoscimento del *tort di wrongful life* cita con enfasi il caso *Harbeson v. Parke-Davis*, 98 Wash, 2d 460, 656 P. 2d 483 (1983) in cui è stata accolta la domanda dei genitori e dei due figli handicappati, i primi per le spese di mantenimento, i secondi per le spese ulteriori di cura e assistenza.

Tuttavia la fattispecie non sembra corrispondere ad una ipotesi di *wrongful life*, bensì ad una lesione prenatale; convenuti erano infatti un medico e una casa farmaceutica accusati il primo di aver prescritto un medicinale prodotto dalla seconda che aveva provocato il danno genetico. Tale impressione appare confermata dal giudizio di appello in 746 F. 2d 517 (1984).

siano già stati risarciti ai genitori³⁵.

Quindi non sembra potersi affermare che sia riconosciuto nel diritto americano – neanche limitatamente ad una sola giurisdizione statale – un «diritto a nascere sani» oppure «a non nascere», ma soltanto una parziale modifica dei principi in materia di legittimazione ad agire per un danno che materialmente incide nella sfera del minore ma che giuridicamente colpisce i genitori.

6. *Il tort di wrongful birth*

La reale natura del *tort di wrongful life*, così come appare riconosciuto dalle corti, risulta evidente se si esamina l'ampia giurisprudenza in tema di *wrongful birth*.

Qui i genitori o la madre convengono in giudizio un operatore o un'istituzione sanitaria lamentando che la mancata o errata informazione data loro non ha consentito di scegliere l'interruzione volontaria della gravidanza ed ha quindi condotto alla nascita – che altrimenti non sarebbe avvenuta – di un bambino portatore di *handicap*. Tale evento determina un notevole danno economico consistente nelle altissime spese necessarie per allevare, curare, educare un soggetto affetto da gravi malformazioni e che non sarà mai in grado di rendersi autosufficiente.

Si tratta in sostanza dell'imputazione ad un soggetto esercente un'attività professionale delle conseguenze negative del mancato rispetto del suo obbligo di corretta informazione. Si comprende quindi come dopo la liberalizzazione dell'aborto – caduta l'obiezione secondo cui sarebbe stato *contra legem* un intervento di interruzione di gravidanza – e con il riconoscimento di un diritto dei coniugi al libero esercizio delle proprie facoltà procreative³⁶ - respingendo il postulato che un figlio costituirebbe

³⁵ Si consideri peraltro che di solito il minore agisce in giudizio in persona dei genitori e l'utilizzo dell'eventuale risarcimento viene da questi gestito sotto il controllo del tribunale. Il che è esattamente quello che avviene quando viene accolta la domanda dei genitori che agiscono in proprio. V. in proposito l'interessante decisione *Robak v. United States*, 658 F 2d 471 (1981) in cui il risarcimento di \$ 900.000 è stato vincolato in un fondo cui i genitori possono attingere solo per le esigenze del minore (analogamente a quanto può disporre il giudice italiano *ex art. 2057 c.c.*)

³⁶ V. la decisione della Corte Suprema *Griswold c. Connecticut*, 381 US 479 (1965) (trad. it. di L. Pisu, in *Foro it.*, 1996, IV 6); alcuni fautori della pianificazione familiare erano stati condannati in base ad una norma penale dello stato del Connecticut che prevedeva fino ad un anno di reclusione per chi usava e istigava all'uso di mezzi contraccettivi. Secondo

una «benedizione» che compenserebbe ogni eventuale danno subito con la sua nascita – l’attenzione dei giudici si sia incanalata nei tradizionali schemi della responsabilità civile.

Si sono così, comunemente, riconosciuti a carico del personale e degli organismi sanitari una serie di obblighi che, a seconda delle singole fattispecie esaminate, consistono nel diligente intervento di sterilizzazione³⁷, nella prescrizione di adeguati mezzi contraccettivi³⁸, nella tempestiva diagnosi dello stato di gravidanza³⁹, nella somministrazione di farmaci non pericolosi per lo sviluppo fetale del nascituro⁴⁰, nella corretta effettuazione dell’intervento abortivo⁴¹, nella puntuale informazione della gestante sui rischi, o l’esistenza, di malformazioni nel nascituro⁴².

la Corte Suprema la decisione di esercitare le proprie facoltà procreative era interamente affidata alla coppia e non erano ammissibili interventi statali in questa sfera intima.

³⁷ La prima azione per negligente sterilizzazione da cui era derivata la nascita di un figlio era stata proposta oltre un cinquantennio fa con il caso *Christensen v. Thornby*, 192 Minn. 123, 255 N.W. 620 (1934) ma era stata rigettata con l’argomentazione della «paternità come benedizione» e sostenendo che poiché la vasectomia era stata fatta per evitare danni fisici alla madre e questa era sopravvissuta al parto non vi era danno risarcibile.

Di diverso avviso la giurisprudenza più recente che esaminando le singole fattispecie ha in genere riconosciuto la responsabilità dell’operatore o dell’istituto sanitario per la negligente operazione: v. *Custodio v. Byrne*, 2365 F. Supp. 460 2d 303, 59 Cal. Rptr. 463 (salpingotomia); *Bishop v. Byrne*, 265 F. Supp. 460 (1967) (salpingotomia); *Jackson v. Anderson*, 230 So. 2d 503 (1970) (salpingotomia); *Hackworth v. Hart*, 474 S.W. 2d 377 (1971) (vasectomia); *Cox v. Stretton*, 77 Mis., 2d 155, 352, N.Y.S. 2d 834 (1974) (vasectomia); *White v. United States*, 510 F.Supp. 146 (1981); *Sala v. Tomlinson*, 87 A.D. 2d 670, 488 N.Y.S. 2d 830 (1982); *Beardsley v. Wierdsma*, 650 P. 2d 28 (1987).

Per orientamenti diversi v. *Coleman v. Garrison* 349 A. 2d 8 (1975); *Terrell v. Garcia*, 496 S.W. 2d 124 (1973).

³⁸ In *Tropi v. Scarf*, 31 Mich. App. 240, 187 N.W. 2d 511 (1971), il medico aveva storpiato il nome di un contraccettivo orale «Norinyl» in quello di un tranquillante «Nordil». Sulla responsabilità del produttore di contraccettivi vedi la NOTE, *Unwanted Pregnancy and the Pill. The Question of Liability of the Manufacturer*, in 41 *Cin. L. Rev.* 336 (1972).

³⁹ V. *Ziamba v. Sternberg*, 45 A.D. 2d 230, 357 N.Y.S. 2d 265 (1974); *Chapman v. Schultz*, 47 A.D. 2d 806, 367 N.Y.S. 2d 1018 (1975); *S. v. Sapega*, 56 A.D. 2d 841, 392 N.Y.S. 2d 79. Ma v. *contra Rieck v. Medical Protective Co.*, 64 Wis. 2d 514, 249 N.W. 2d 242 (1974).

⁴⁰ V. *Haberson v. Parke-Davis*, cit. *retro* nt. 34.

⁴¹ *Stills v. Gratton*. 55 Cal. App. 3d 698, 127 Cal. Rptr. 652 (1976).

⁴² *Rieck v. Medical Protective Co.*, cit. *retro* nt. 39; *Jacobs v. Theimer*, 519 S.W. 2d 846 (1975); *Dumer v. St. Micheal’s Hospital*, 69 Wis. 2d 766, 233 N.W. 2d 373 (1976); *Karisons v. Guerinot*, 57 A.D. 2d 73, 394, N.Y.S. 2d 933 (1977); *Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital*, 451 F. Supp. 692 (1978); *Robak v. United States*, 658 F. 2d

Ovviamente gli *standards* di negligenza variano in relazione ad una serie di elementi fattuali e sono comunque desumibili dalle «regole d'arte» vigenti nella professione sanitaria.

Pertanto, accanto a casi di evidente colpa grave ve ne sono altri per i quali sono dimostrati statisticamente margini di insuccesso anche nell'analisi e nell'intervento correttamente eseguiti, oppure sono mancati gli elementi per diagnosticare disfunzioni genetiche rarissime⁴³.

Si è sostenuto, per negare la responsabilità dell'operatore e dell'istituzione sanitaria, l'assenza di un nesso causale fra la mancata informazione e l'evento dannoso subito dai genitori, eccependo che il concepimento e la nascita di un figlio devono collegarsi causalmente ad una condotta volontaria – la copulazione e la prosecuzione della gestazione – posta in essere dal o dagli attori⁴⁴, mentre le malformazione vanno ricondotte al patrimonio genetico dei genitori, comunque insuscettibile – allo stato della scienza medica – di essere modificato.

Anche se la risposta a tale obiezione data dalla giurisprudenza americana varia a seconda delle circostanze sottoposte al suo esame, essa è in via di principio negativa osservando che l'evento dannoso è costituito non dall'*handicap* bensì dalla nascita in sé e per sé considerata, che i genitori o volevano evitare o, se correttamente e tempestivamente informati, avrebbero deciso di impedire ricorrendo all'aborto⁴⁵.

Si comprende pertanto perché vi sia condanna al risarcimento non solo nel caso di nascita di un figlio con *handicap*, ma anche di uno «sano», pur con una diversa valutazione del danno.

471 (1981); *Eisbrenner v. Stanley*, 106 Mich. App. 357, 308 N.W. 2d 209 (1981); *Moore v. Lucas*, 405 S. 2d 1022 (1981); *Di Natale v. Lieberman*, 409 S. 2d 512 (1982); *Naccash v. Burger*, 223 Va.406, 290 S.E. 2d 825 (1982).

⁴³ V. ad. es. *Ball v. Mudge*, 64 Wash. 2d 247, 391 P. 2d 201 (1964) (caso raro e imprevedibile di canalizzazione); *Coleman v. Garrison*, cit. *retro* nt. 37 (circa il 2% degli interventi di sterilizzazione femminile ancorché diligentemente effettuati non producono il risultato sperato); *Howard v. Lecher*, 53 A.D. 2d 420, 386 N.Y.S. 2d 460 (1976) (mera appartenenza a gruppo etnico insufficiente indizio per rendere necessario il *test* genetico su determinata malattia).

⁴⁴ La tesi è accolta in *LaPoint v. Shirley*, 409 F.Supp. 118 (1976) negando un nesso causale fra l'insuccesso dell'intervento di sterilizzazione e la nascita di un figlio, poiché, accertasi dello stato di gravidanza la madre poteva ricorrere ad un intervento abortivo.

⁴⁵ V. con riferimento alla sterilizzazione, il caso *Custodio v. Bauer*, cit. *retro* nt. 37, in cui si afferma che la negligenza medica non deve costituire la sola causa della procreazione ma è sufficiente che sia una delle cause efficienti.

7. L'area del danno risarcibile

A questo proposito si pongono alcune questioni: quale sia l'area delle conseguenze risarcibili; se debbano essere compensati anche i danni morali; se sia possibile la *compensatio lucri cum danno*. La giurisprudenza tende a distinguere i casi in cui il figlio nato sia, o meno, portatore di *handicap*. In caso affermativo solitamente viene corrisposta ai genitori una somma comprensiva di due voci: le spese per il normale mantenimento di un figlio fino alla maggiore età; le spese straordinarie per l'assistenza vita natural durante del figlio handicappato⁴⁶. Più incerto l'indirizzo con riguardo ai danni morali, taluni concedendoli per il patimento d'animo conseguente alla nascita del figlio deforme; tal'altri negandoli sostenendo che la loro liquidazione comporterebbe una inammissibile indagine sui contrastanti stati d'animo dei genitori⁴⁷.

In caso negativo, cioè di un figlio «sano» ancorché non voluto, la tendenza è marcatamente più restrittiva, limitandosi al risarcimento delle spese sostenute durante la gravidanza, il parto e il puerperio e l'eventuale lucro cessante (per inattività lavorativa) e rigettando le richieste di somme per il mantenimento futuro dell'infante⁴⁸. I giudici ritengono infatti che tali spese siano compensate dalle «gioie» e dalle «soddisfazioni» presenti e future che derivano dal progenie; è evidente come tale indirizzo sia in gran

⁴⁶ V. *Robak v. United States*, cit. *retro* nt. 42; in *Moore v. Lucas*, cit. *retro* nt. 42, venivano concessi i danni conseguenti alle spese straordinarie derivanti dalla necessità di curare il figlio affetto dalla sindrome di Larsen, ma non le spese per il normale mantenimento, né i danni morali.

⁴⁷ I danni morali – intesi come ristoro al turbamento psichico per la nascita di un figlio handicappato – sono stati negati, oltre che nel caso *Moore*, cit. *supra*, in *Jacobs v. Theimer*, cit. *supra* nt. 42; *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y. 2d 401, 386 N.E. 2d 807 (1978) (non misurabilità del patimento d'animo, anche in considerazione del fatto che i genitori possono provare un sentimento d'amore anche nei confronti del figlio handicappato); *Stribling v. De Quevedo*, 422 A. 2d 505 (1980). Concessi, invece, in *Berman v. Allan*, cit. *retro* nt. 30; e in *Naccash v. Buirger*, cit. *retro* nt. 42, in considerazione però della particolare fattispecie.

⁴⁸ V. in particolare *White v. United States*, cit. *retro* nt. 37; *Beardsley v. Wierdsma*, 650 P. 2d 830 (1982). È stato riconosciuto il diritto al risarcimento per il mantenimento fino alla maggiore età del figlio non voluto ancorché sano in *Green v. Sudakin*, 81 Mich. App. 545, 265 N.W. 2d 411 (1978); *Cockrum v. Baumgartner*, 99 Ill. App. 3d 271, 425 N.E. 2d 968 (1981). Negato ogni risarcimento, invece, in *Terrell v. Garcia*, cit. *retro* nt. 37; *Coleman v. Garrison*, cit. *retro* nt. 37; *Wilczynski v. Goodman*, 73, Ill. App. 3d 51, 391, N.E. 2d 479 (1979); *Public Health Trust v. Brown*, 388 S. 2d 1084 (1980); *Sorkin v. Lee*, 434, N.Y.S. 2d 300 (1980); *J.P.M. v. Schmid Labs*, 178 N.J. Super. 122, A. 2d 515 (1981); *Schorck v. Huber*, 648 S.W. 2d 861 (1983).

parte mutuato dalla tesi del figlio come «benedizione» su cui una volta si fondava il rigetto *in toto* della domanda.

Più esplicite e coerenti appaiono quindi quelle decisioni che, attribuendo alla responsabilità civile una funzione di ripartizione del rischio, stabiliscono una gerarchia di eventi dannosi nella quale la mancata diagnosi di malformazioni genetiche o fetali occupa un gradino di maggiore pericolosità sociale, mentre la responsabilità per la nascita di un figlio non voluto ma sano appare socialmente assai più accettabile.

Consequentemente, da un lato si afferma l'interesse pubblico nella diligente effettuazione delle analisi genetiche e la inopportunità di creare settori di non-responsabilità medica, dall'altro si osserva che addebitare al personale o all'organismo sanitario tutte le conseguenze della nascita di un figlio sano ma non voluto costituirebbe un rischio troppo alto e sproporzionato alla gravità della negligenza, mentre il risarcimento costituirebbe un indebito arricchimento per i genitori⁴⁹.

Quanto alle azioni per *wrongful pregnancy*, cioè per una gravidanza indesiderata determinata in genere da un non riuscito intervento di sterilizzazione o da un errore nella prescrizione di anticoncezionali, in coerenza con quanto s'è visto in tema di *wrongful birth* con nascita di un figlio sano, le conseguenze risarcite si limitano alle spese per il parto e il puerperio o per l'interruzione della gravidanza.

8. La questione del «diritto a non nascere»

Sulla scorta dell'esperienza nord-americana, preziosa soprattutto per la molteplicità di fattispecie sottoposte all'esame dei giudici e la varietà di argomentazioni a favore delle diverse tesi, è possibile tentare di delineare le possibili riposte dell'ordinamento italiano.

Poiché questo – a differenza della *common law*, dove pure nel campo dei *torts* si è visto esercitare un notevole *judicial self restraint* – tuttora opera secondo un tradizionale schema che fa derivare l'azione da un diritto riconosciuto dall'ordinamento, è necessario individuare quale sia la situazione soggettiva giuridicamente rilevante di cui sia invocata la protezione. Esiste dunque un «diritto a non nascere»? La domanda appare tutt'altro che provocatoria: è infatti sufficiente spostare la prospettiva

⁴⁹ V. variamente su questa linea *Rieck v. Medical Protective Co.*, cit., retro nt. 39; *White v. United States*, cit., retro nt. 37; *McNeal v. United States*, 689 F. 2d 1200 (1982).

tradizionale del diritto di famiglia ponendo il figlio in una posizione di assoluta terzietà rispetto ai genitori e quindi facendo discendere dall'esercizio delle facoltà procreative una serie di obblighi ben superiori a quelli oggi definiti, per ampliare la sfera giuridica del neonato o del nascituro. Anche l'anticipazione della personalità giuridica prima della nascita – proposta spesso per contrastare le liceità giuridiche dell'interruzione della gravidanza – potrebbe comprendere oltre ad una pretesa affermativa, la nascita, anche una negativa, la non nascita. La costruzione teorica di tale diritto quindi non appare affatto impossibile né sotto il profilo delle tecniche giuridiche né sotto quello della politica del diritto⁵⁰. È piuttosto con riguardo alla sua pratica estrinsecazione che essa appare scarsamente percorribile. Da un lato – stante la incapacità del nascituro di intendere e volere – è necessario individuare il soggetto che possa esercitare per suo conto il diritto attribuitogli⁵¹: si comprende come ciò sia possibile solo in uno Stato nel quale ogni concepimento sia soggetto a controllo secondo criteri i più diversi, con una sorta di *curator ventris* incaricato di proporre l'esercizio del «diritto a non nascere». Sono fin troppo note le esperienze del passato in cui tentativi analoghi sono stati esperiti perché si debba insistere sulle possibili conseguenze – di ogni genere – di tale soluzione. Piuttosto, anche ipotizzandola all'interno di un sistema politico non totalitario riesce difficile individuare i criteri per risolvere il conflitto, inevitabile, fra diritto a non nascere e diritto di procreare.

Le due situazioni appaiono infatti reciprocamente escludersi: prima della fecondazione non appare individuabile un soggetto fra i milioni di spermatozoi e tutti gli ovuli; dopo di essa *quell'*embrione, *quel* feto possono esercitare il loro diritto una sola volta, in relazione a quella gravidanza.

In altri termini, mentre appaiono teoricamente possibili limitazioni pubblicistiche allo *ius generandi*, una costruzione privatistica intesa come

⁵⁰ Occorre distinguere fra la c.d. personalità anticipata e l'attribuzione della personalità al concepito o al nascituro; nel primo caso l'evento naturalistico della nascita costituisce pur sempre il fulcro del sistema, nel quale per talune situazioni si *anticipa* quel che dovrebbe discendere dal parto del feto; nel secondo si decide di attribuire rilevanza non più all'evento della nascita bensì ad uno anteriore (ad esempio il concepimento oppure il passaggio dallo stato embrionale alla fase fetale). È chiaro che in questo caso non si può più parlare di un «diritto a non nascere» bensì semplicemente di diritto al suicidio. A favore della «personalità anticipata», essenzialmente per ragioni d'ordine morale, F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, p. 543 ss.

⁵¹ La situazione è dunque diversa da quella in cui il malato incurabile decide di non sottoporsi più alle cure; in questo caso abbiamo, infatti, la decisione cosciente di un soggetto vivo il quale vuole anticipare la morte. Nel caso del nascituro, non solo manca la coscienza e volontà ma l'«intento» è diverso e consiste nell'impedire la nascita.

contrapposizione di situazione soggettive è intrinsecamente contraddittoria. Non sembra rappresentare una via d'uscita nemmeno il collegamento del diritto a non nascere a talune situazioni oggettive (ad es. *handicap* fisici o mentali) giacché si finisce per ricadere nella difficoltà che si è prima prospettata, cioè di *chi* agirà per conto del nascituro e della sostanziale attribuzione di uno *ius vitae necisque* ad un altro soggetto o allo Stato⁵².

Vanno infine tenuti presenti i problemi derivanti dall'accoglimento di una domanda «di non nascere»: a meno di uno spontaneo adeguamento della madre alla decisione che l'ha vista soccombere, la esecuzione forzata si scontra violentemente con il diritto all'integrità fisica e alla non coercibilità dei trattamenti sanitari.

Per concludere su questo punto, il «diritto a non nascere» in senso proprio comporta che esso possa essere esercitato, in concreto, già nella fase prenatale; ma ciò, per le ragioni che si sono viste, non appare possibile e quindi appare destinato a definire, con l'uso improprio di un termine giuridico, una istanza filosofica, morale, politica, intrasponibile nel mondo del diritto privato. Essa, comunque, non è accolta nell'ordinamento positivo italiano né, come s'è visto, in quello americano.

9. Il «diritto a nascere sani»

In tutt'altra prospettiva sembrano inserirsi le domande di risarcimento avanzate da chi sia nato in uno stato di menomazione mentale o fisica nei confronti dei propri genitori o di terzi. Non il «diritto a non nascere», bensì il «diritto a nascere sani»; si tratta dunque di un aspetto particolare dell'integrità fisica e mentale. Le questioni che si affacciano sono diverse e

⁵² Il problema si ripropone in relazione all'esercizio della potestà dei genitori nei confronti dei minori affetti da mali incurabili o richiedenti terapie intensive e continue. V. per la situazione americana la NOTE, *Birth-Defective Infants: A Standard for Nontreatment Decisions*, 30 *Stan. L. Rev.* 599 (1978); per quella italiana gli atti dell'incontro di studi *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità* i cui atti sono raccolti nell'omonimo volume, Napoli, 1983. Per gli aspetti medico-legali v. M. BARNI – G. DELL'OSSO – P. MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in G. DELL'OSSO (a cura di) *Responsabilità e progresso medico*, Milano, 1984, in part. p. 193 ss. In giurisprudenza si v. sotto il profilo penale il recente e drammatico caso dei coniugi Oneda, accusati di omicidio nei confronti del figlio affetto da talassemia per non aver praticato con motivazione religiosa (erano testimoni di Geova), le necessarie trasfusioni di sangue. La decisione Cass. 13 dicembre 1983 si legge in *Foro it.*, 1984, II, 361 con nota di P. FLORIS *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*.

di non poco conto.

È indubbio che l'*handicap* fisico e mentale costituisca – naturalisticamente – un danno, cioè una differenziazione in senso negativo da uno *standard* di normalità: la totale incapacità di intendere e di volere o la paralisi motoria sono collocate ai vertici delle graduatorie di invalidità (senza considerare la loro particolare gravità sotto il profilo penale); si tratta di comprendere se e perché, quando derivino da deficienze genetiche esse costituiscano (o *non* costituiscano) un illecito.

Una prima obiezione potrebbe affacciarsi: tali eventi si verificano al momento del concepimento o durante la gestazione quando il soggetto – giuridicamente – non esiste⁵³; ma essa può essere facilmente respinta considerando che la condotta lesiva determina un effetto dannoso in un momento successivo, quando il feto viene alla luce e diviene persona; e d'altronde non è discutibile che chi provochi una lesione *in utero* (diversa da quelle genetiche, ad esempio la somministrazione di medicinali dannosi) sia responsabile delle conseguenze⁵⁴.

Una seconda contestazione potrebbe riguardare la nozione di danno: accogliendo la *differenztheorie* è necessario raffrontare una situazione precedente con una negativa susseguente⁵⁵; pertanto, mancando, nel caso

⁵³ L'argomento è stato recentemente riproposto da S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1985, n. 115 ss. il quale fonda su di esso l'inammissibilità del risarcimento del danno. Analogo l'orientamento espresso da M. RHEINSTEIN, *op. cit.*, p. 387.

⁵⁴ Per S. PATTI, *op. cit.*, p. 116 «è comunque necessario che il danneggiato esista al momento in cui si verifica l'evento». Ma, premesso che rischia di esserci qualche equivoco sul momento in cui il danneggiato «esiste» per il diritto (il concepimento o la nascita?) l'obiezione può essere contrastata osservando che chi somministra un farmaco che modifichi le caratteristiche genetiche dei genitori, *prima* del concepimento, indubbiamente dovrà rispondere del danno provocato al figlio, ancorché questi certamente non esistesse nel momento in cui si è prodotto l'evento (mutazione genetica). A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983, p. 76 nt. 58 osserva però che in tal caso «il pregiudizio del figlio nascituro sarebbe soltanto un danno riflesso ricollegantesi ad una situazione giuridica già consumata»; ma il fatto di essere *soltanto* un danno riflesso non impedisce che esso sia un *danno ricollegabile* attraverso una precisa e univoca catena causale al comportamento altrui. La tesi del requisito dell'esistenza del danneggiato nel momento in cui è posto in essere il fatto dannoso è stata sostenuta da Cass. 28 dicembre 1973, n. 3467 (in *Foro it.*, 1974, I, 668). Ma si v. le convincenti contestazioni di V.M. CAFERRA, *Il danno morale del nascituro per l'uccisione del genitore*, *ivi*; nonché di G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit. p. 505 il quale ricorda la decisione Corte Conti, SS.UU., 19 febbraio 1957 (in *Giur. it.*, 1957, III, 203) in cui si riconosce il diritto al risarcimento del danno per un danno verificatosi nella fase prenatale; infine le argomentazioni di F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento ecc.*, cit. p. 561 ss.

⁵⁵ V. F. CARNELUTTI, *Postilla*, cit., p. 990; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento ecc.*, cit., 568.

di danno genetico, il primo elemento di confronto sarebbe impossibile dichiarare l'esistenza di un illecito dannoso. Anche questa obiezione, non appare, tuttavia, convincente in quanto la *differenztheorie* appare oggi più un criterio per la *misurazione* del danno, che per il suo accertamento e giustamente si è criticata da più parti – soprattutto con riferimento al danno non patrimoniale – l'inversione logica di voler prima quantificare il danno per poi dichiararne la sussistenza.

Un terzo argomento spesso proposto è la contraddizione logica che esisterebbe nel chiedere all'ordinamento tutela contro il fatto che ha reso l'attore soggetto dell'ordinamento medesimo⁵⁶. Come dice la giurisprudenza americana egli in tal modo «toglierebbe il terreno su cui poggia la sua domanda». Tale proposizione, se venisse formulata come un principio di diritto generalmente applicabile, non sarebbe però condivisibile.

Si considerino i casi (ormai tecnicamente realizzabili e realizzati) di fecondazione *in vitro* e di impianto dell'embrione nel grembo di un'altra donna (senza considerare le possibilità, vicine, di «utero meccanico»): davvero quella fecondazione, in quanto generatrice di un soggetto per l'ordinamento, costituirebbe un fatto insindacabile dal soggetto medesimo?⁵⁷

⁵⁶ V. G. PUGLIESE, *Responsabilità morale*, cit. p. 1096 ss. ripreso adesivamente da G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., p. 507.

⁵⁷ Per G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., p. 508 nei casi indicati nel testo gli autori non «possono rispondere verso il nato per avergli dato o per aver concorso a dargli la vita: tutti possono essere chiamati invece a rispondere del distinto fatto dannoso a ciascuno imputabile ancorché commesso nella fase prenatale». Si intende cioè – come chiarisce lo stesso A. – che non è la nascita in sé e per sé considerata a costituire un danno bensì tutto quanto essa comporta in termini economici: «che la nascita sia per altro verso il fatto di altissimo valore (...) non significa che non abbia un costo, patrimoniale e morale, e non esclude che questo costo sia danno se il fatto è provocato da altri illecitamente» (p. 509). Ma v. *contra* A. TRABUCCHI, *La procreazione*, cit. p.620. La giurisprudenza ha affrontato la questione unicamente dal punto di vista della madre in relazione alla seduzione con promessa di matrimonio, sulla cui natura di illecito aquiliano esistono dissensi fra giudice di legittimità e giudici di merito. V. a favore della natura illecita Cass. 11 marzo 1976, n. 846 e Cass. 17 febbraio 1976, n. 510, in *Foro it.*, 1976, I, 961; Cass. 4 novembre 1975, n.3831 in *Resp. Civ.*, 1977, 61; Cass. 9 novembre 1973, n. 2947, in *Giust. Civ.*, 1974, I, 204. Contro, con motivazione fortemente ideologica, Trib. Pisa 3 febbraio 1976, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 118. In dottrina v. M.V. DE GIORGI, *Promessa di matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 7549 (in part. p. 774 ss.) G. BONILINI, *La seduzione con promessa di matrimonio è ancora un illecito civile?* in *Resp.civ.*, 1977, 62; V.M. CAFERRA, *La seduzione con promessa di matrimonio tra diritto e ideologia*, in *Giur.it.*, 1976, I, 2, 708; ID., *La seduzione con promessa di matrimonio: una fattispecie in via di estinzione*, in *Giur.it.*, 1983, I, 2, 117; M. TAMPONI *La tutela civile della donna sedotta con promessa di matrimonio*, in *Giur.it.*, 1977, I, 1, 2001. L'orientamento della giurisprudenza dovrebbe essere utilmente considerato in relazione al caso di nascita di un figlio non voluto e di azione dei genitori nei confronti del sanitario

10. *Il conflitto fra il diritto di procreare e la salute del minore*

In un terreno così difficile e nel quale la realtà medica supera ogni fantasia del giurista, il criterio più sicuro appare quello di ancorare la non responsabilità, più che ad una abile argomentazione dialettica, a dati concreti: è la libertà di procreazione che determina l'applicazione di regole speciali. Ma tale libertà non è senza limiti: di certo non spetta all'ingegnere genetico; di certo ne abusa chi la esercita con la violenza.

Una ulteriore obiezione che si collega alla precedente è che il riconoscimento di un «diritto a nascere sani» sarebbe in insanabile contrasto con il diritto di procreare; in altri termini l'esercizio delle proprie capacità genetiche escluderebbe la sussistenza di un illecito aquiliano. Il punto è estremamente delicato in quanto pone alcuni interrogativi assai gravi: il diritto alla salute, costituzionalmente riconosciuto e garantito, è escluso se la sua violazione avviene attraverso alcune modalità? Il diritto di procreare ha solo una funzione di causa di giustificazione rispetto ad un comportamento astrattamente illecito? Il riconoscimento di un «diritto a nascere sani» nei confronti dei genitori comporta a loro carico un obbligo eugenetico consistente nel diligente accertamento degli eventuali difetti genetici, nell'astensione dall'attività procreativa quando questa determina *handicap* e nella interruzione della gravidanza se l'*handicap* intervenga o venga individuato successivamente al concepimento? Sotto il profilo puramente tecnico tale tesi potrebbe essere legittimamente sostenuta e sarebbe possibile anche portare a suo sostegno la crescente accentuazione sulla *responsabilità* nella procreazione ed i non indifferenti costi sociali dell'assistenza pubblica agli handicappati.

Ma non pare che questa via sia praticabile nel nostro ordinamento. Cioè, al diritto di famiglia non sono estensibili *sic et simpliciter* le norme contenute nel codice riguardanti le associazioni, i contratti o la responsabilità civile. L'attività procreativa e le sue conseguenze appaiono regolate da un *corpus* di norme autonome nel quale i termini adempimento/inadempimento, rischio, responsabilità, danno assumono un diverso significato. Non vale nemmeno la pena di rammentare i risultati grotteschi cui si è pervenuti quando si è voluto applicare al matrimonio e ai

eventualmente responsabile. Sembra che in base all'indirizzo della Suprema Corte prima citato – pur considerando la particolare natura dell'illecito di seduzione con promessa di matrimonio – si può considerare la nascita come un evento dannoso, perlomeno per la madre; v. in tal senso Cass. 24 gennaio 1972, n. 178 in *Giust.civ.*, 1972, I, 705.

rapporti fra i coniugi i principi in materia contrattuale⁵⁸. *In subjecta materia* i criteri che valgono sono di altra natura e ad essi va riportata la questione della responsabilità per l'attività procreativa. Gli obblighi dei genitori nei confronti dei figli minorati non sono dunque riconducibili alla tutela aquiliana, ma costituiscono una estensione particolare di quelli discendenti dal rapporto di paternità o di maternità⁵⁹. Pertanto nel nostro ordinamento vigente – ancorché la conclusione possa non essere condivisa sul piano ideale – non sussiste un «diritto a nascere sani» nei confronti dei genitori bensì un diritto – costituzionalmente riconosciuto e legislativamente sanzionato – all'assistenza, al mantenimento e all'istruzione che per il soggetto handicappato sarà particolarmente marcato⁶⁰.

Il diritto di procreare – proclamato sia nella Costituzione che

⁵⁸ Si v. a tal proposito le osservazioni di F. VASSALLI, *Del «ius in corpus» del «debitum coniugale» e della servitù d'amore, ovvero la dogmatica ludicra*, Roma, 1944.

⁵⁹ V. A. TRABUCCHI, *La procreazione ecc.*, p. 619: «pur non avendosi una specifica responsabilità per la nascita, ci potrà essere un adeguamento dei contenuti obbligatori nella cura da parte del genitore dei figli nati in situazioni di deficienza». Tuttavia la via attraverso la quale l'insigne A. giunge a tale conclusione appare essenzialmente conseguente ad una precisa filosofia morale. «Dal solo fatto che egli riceve la vita, il rapporto del figlio con i genitori è regolato secondo doveri e diritti che si adeguano alle singole situazioni, con riguardo cioè al futuro della sua vita e non alle origini (...). Il figlio è, in senso non solo figurato o sentimentale, l'erede dei genitori, non il contraddittore che possa fare i conti dell'origine... In questo tipo di eredità, se si potessero istituire dei rapporti contabili di male e di bene arriveremmo a degli assurdi che finirebbero ad eliminare lo stesso rapporto di paternità e maternità» (*ib.*).

⁶⁰ Contro la tesi esposta nel testo si esprime S. PATTI, *Famiglia e responsabilità*, cit. per il quale è necessario nell'ambito dei rapporti familiari superare «il principio dell'immunità» (p. 40) assoggettando il gruppo familiare «alle regole del diritto comune» (p. 42). Ora, quel che si prospetta in questo scritto non è la difesa di ambiti di immunità, bensì il dubbio che la clausola generale della responsabilità civile sia lo strumento più idoneo ad eliminarli. Si possono davvero mettere sullo stesso piano – ed assoggettare quindi alla medesima regola – comportamenti così distanti fra loro come la produzione di un oggetto dannoso (o la conduzione negligente di un automezzo, e tutte le più ricorrenti fattispecie di illecito aquiliano) e l'atto della procreazione? Personalmente ho paura che in questo caso la «visione egualitaria» invocata da Patti (p. 42) incidendo su situazioni profondamente diverse accentui la disegualianza. Ma soprattutto si rischia di attribuire all'art. 2043 un ruolo di panacea universale per tutti i mali civilistici. Mentre credo più opportuno considerare che l'ordinamento organizza una molteplicità di risposte (penali, amministrative, civili) a quei comportamenti che ritiene illeciti e quindi quel che può apparire una ingiustificata eccezione si rivela, in un contesto più generale, un adeguamento – neanche tanto illogico – alle esigenze del caso. Per alcune delle tesi sui rapporti fra familiari e responsabilità civile v. G. ALFA – M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, II, Milano, 1977, p. 149 ss.

in numerosi atti internazionali⁶¹ - occupa dunque un'area sottratta all'azione dell'art. 2043 c.c., e pertanto non può considerarsi una causa di giustificazione di un ipotetico illecito genetico.

11. *La responsabilità del medico verso il minore*

La conseguenza di questa impostazione – che, si ripete, appare la più conforme all'attuale ordinamento, anche se non si possono nascondere i gravi o addirittura angosciosi dubbi a cui può dar luogo – è che il minore non ha nemmeno un diritto di azione nei confronti di coloro i quali, per dolo o colpa, abbiano indotto in errore i propri genitori determinandoli ad una procreazione con invalidità⁶².

A questa conclusione il minore potrebbe muovere una ulteriore obiezione: egli, nei confronti del medico, si trova nella stessa condizione di A danneggiato da B a seguito dell'inadempimento di C; esemplificando, C, meccanico, assicura B di aver riparato i freni della sua autovettura, ma questa alla prima prova non si ferma e investe A; oppure B riceve da C, armiere, una pistola asseritamente scarica e premendo il grilletto ferisce A. In questi, e negli analoghi casi, è possibile ricostruire la serie casuale fra l'inadempimento di C e il danno subito da A, giacché B, se fosse stato a conoscenza dell'esatto stato delle cose non avrebbe tenuto la condotta produttiva dell'evento dannoso.

Riportando tale schema alla questione qui esaminata, il minore

⁶¹ La tutela del diritto di procreare, ancorché non espresso esplicitamente, è chiaramente desumibile dal diritto di costituire una famiglia: v. artt. 29 e 31 Cost.; art. 16 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 12 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (L. 4 agosto 1955, n. 848); art. 23 Patto internazionale sui diritti civili e politici (L. 25 ottobre 1977, n. 881).

⁶² A.M. CAPRON, *Tort e Liability*, cit., p. 659 ss. rovescia questa impostazione sostenendo che se si riconosce il diritto al risarcimento ai genitori esso va riconosciuto anche al minore, a cui è stato impedito che la scelta della sua vita fosse presa dai propri genitori. Tuttavia, quando è posto dinanzi all'obiezione opposta e cioè che il riconoscimento della responsabilità del medico per aver determinato la nascita con *handicap* comporterebbe anche quella dei genitori, esclude quest'ultima richiamando la *immunity* derivante dal diritto alla *privacy* (p. 661). A parte quanto si dirà *infra* sulla anomalia di un tale illecito, va osservato che in tal modo si duplica l'azione general-preventiva della responsabilità civile nei confronti del medico (soggetto ad azione sia dei genitori che del minore) senza spiegare efficacia alcuna nei confronti dei genitori che pure – secondo la generale impostazione dell'A. – possono determinare con il loro comportamento «negligente» sofferenze atroci.

lamenta che è l'inadempimento del medico che ha determinato i genitori a quella condotta produttiva dell'evento (o ad omettere quella che l'avrebbe evitato). Senonché vi sono alcune rilevanti differenze con gli esempi proposti: innanzitutto il comportamento dei genitori, come si è visto, non è illecito, ma solo produttivo di una responsabilità da filiazione, mentre il fatto dell'automobilista o chi ne maneggia un'arma è, *di per sé considerato*, illecito indipendentemente dall'inadempimento del meccanico o dell'armiere. In altri termini, se la nascita handicappata fosse stata determinata unicamente dai genitori, i quali non si erano consultati con un medico, oppure ottenutone l'esatto responso avessero deciso comunque di non interrompere la gravidanza, nulla potrebbe esigere il minore (salvo quanto assicuratogli dal diritto di famiglia), ancorché la sua condizione sia identica a quella in cui interviene l'inadempimento del sanitario. Ci si troverebbe dunque di fronte ad un evento produttivo di responsabilità civile solo eventualmente e nei confronti del soggetto meno vicino nella catena causale.

Vista da un'altra prospettiva, la situazione si pone nei seguenti termini: mentre – sempre rifacendosi agli esempi dinanzi proposti – il meccanico o l'armiere devono fornire una informazione esatta *al fine* di impedire un evento dannoso, il sanitario deve solo fornire una informazione esatta perché i genitori decidano di esercitare, o meno, le proprie capacità procreative; né potrebbe fare alcunchè qualora i genitori decidessero coscientemente di mettere al mondo un soggetto handicappato. Ovverosia, nel caso del meccanico o dell'armiere, quell'informazione si pone come *condicio sine qua non* rispetto al verificarsi dell'*evento* dannoso; nel caso del sanitario l'informazione è correlata causalmente unicamente alla *condotta* altrui, non all'evento da questo scaturente.

Il rapporto di responsabilità⁶³ - questa sì, aquiliana – si crea invece tra genitori e coloro (di solito personale o istituto sanitario) che assolvendo negligenemente ai propri obblighi hanno determinato al concepimento o alla prosecuzione della gravidanza chi – se fosse stato a conoscenza dell'*handicap* genetico o embrionale – non avrebbe intrapreso l'azione o non l'avrebbe portata a termine⁶⁴.

⁶³ Secondo S. PARTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 201 oltre ad una responsabilità contrattuale del sanitario, sarebbe configurabile anche una responsabilità aquiliana in quanto verrebbero lesi il diritto soggettivo a interrompere la gravidanza in caso di grave pericolo per la salute fisica o psichica derivante dalla prevenzione di anomalie o malformazioni del concepito (art. 4 L. 22 maggio 1978, n. 194) nonché i diritti della personalità tutelati *ex art. 2 Cost.*

⁶⁴ In generale sui problemi di responsabilità tutela medica e sulle conseguenze della

L'altrui negligenza determina, infatti, un aggravamento delle responsabilità dei genitori nei confronti del figlio portatore di *handicap* con un notevole dispendio di risorse economiche per le particolari cure di cui abbisogna, la loro durata che può essere vita natural durante, la seria limitazione alla capacità lavorativa ecc.

12. *Prospettive di riforma*

De iure condendo il discorso può essere diverso, anche se i limiti entro i quali ci si può muovere sono assai angusti. L'esperienza insegna come su taluni temi l'intervento sanzionatorio della legge sia di scarsissima efficacia, se non addirittura controproducente e gli interventi legislativi appaiono rispondere più ad esigenze di proclamazione ideologica che ad una razionale regolamentazione di comportamenti diffusi⁶⁵. Per questa ragione, pur comprendendo le ragioni di fondo che potrebbero spingere verso una tutela aquiliana della «salute genetica» del nascituro, tale soluzione non sembra appropriata, dovendosi operare piuttosto sul piano della prevenzione (che solo in parte è giuridico, ed è per lo più culturale, morale, sociale, organizzativo) che su quello della sanzione⁶⁶.

Potrebbero a tal fine – ad esempio – precisarsi meglio gli obblighi che competono a chi dia alla luce un figlio portatore di *handicap* onde favorire al massimo la consapevolezza delle responsabilità connessa con l'attività di procreazione⁶⁷. E tuttavia tutto ciò non vale a sciogliere la «contraddizione» e a dissipare la «inquietudine amara» rilevata dall'illustre Autore citato

mancata informazione al paziente v. A.M. PRINCIGALLI *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, in part. pp. 187 ss.

⁶⁵ Si pensi solo al simulacro repressivo che ha rappresentato per quasi cinquant'anni il titolo X del codice penale; o alla declamazione contenuta nell'art. 1 L. 194/1978.

⁶⁶ Si potrebbe tuttavia configurare, con lo sviluppo delle tecniche mediche, una responsabilità civile dei genitori (o di terzi) per non aver curato *in utero* gli eventuali handicap del nascituro (giacché non viene leso il diritto di procreare, ma solo anticipato il momento dell'obbligo di tutelare la salute del proprio figlio); ma dubitativamente in questo senso v. P. CENDON, *Il prezzo della follia*, Bologna, 1984, p. 109; lega la responsabilità alla prova del nesso causale F. MANTOVANI, *Il c.d. diritto del feto a nascere sano (problemi medico-legali della diagnosi e trattamento del feto in utero)* in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 237.

⁶⁷ Va segnalato in proposito l'interessante convegno, organizzato dall'ANFFAS e dall'Università di Perugia, svoltosi in quella città il 25-27 gennaio 1985, sul tema «*La condizione giuridica del cittadino handicappato psichico*».

in apertura di questo lavoro, accentuata dalla crescente importanza che assumono nel pensiero contemporaneo valori potenzialmente confliggenti (ed il caso si presenta nella responsabilità per procreazione), come il binomio salute-felicità e il principio di tutela della vita, quale che sia la sua forma, umana, animale, vegetale o minerale⁶⁸.

⁶⁸ Si pensi solo alla crescente consapevolezza attorno ad un tema proposto ora in Italia nel volume collettaneo curato da S. CASTIGNONE, *I diritti degli animali*, Bologna, 1985.

*Law & Comics: Paperon de' Paperoni, Gatto Silvestro,
Bugs Bunny, Wile Coyote e la responsabilità civile**

A SIRIO ZOLEA

SOMMARIO: 1. Diritto e cinema: una ulteriore evoluzione del filone “Law & Literature” – 2. Il modello plutocratico: Paperon de' Paperoni – 3. Il modello sadico, ovvero Sylvester v. Tweety – 4. Il modello acculturato: Bugs Bunny – 5. Il modello masochista: Wile Coyote – 6. Una sintesi sui rapporti fra diritto e arte.

1. *Diritto e cinema: una ulteriore evoluzione del filone “Law & Literature”*

Lo spunto – o meglio, per immergersi subito nell'atmosfera della *law of torts*, la causa efficiente – di queste pagine è rappresentato da un recente lavoro, che ho potuto leggere nella versione manoscritta, di Paolo Cendon, intitolato “*Circostanze incerte e responsabilità civile*”.

L'A., non nuovo a fruttuose e colte provocazioni, fornisce come chiave di lettura del tema giuridico da lui affrontato, il capolavoro del regista giapponese Akira Kurosawa, “*Rashomon*”, nel quale un certo fatto, la uccisione di un Samurai, è raccontata da più soggetti, con versioni fra di loro contrastanti che neanche il verdetto del giudice riuscirà a conciliare, appurando la verità autentica.

Poiché l'esposizione è, come di consueto, assai piacevole e la tesi accattivante, l'A. dovrà, inevitabilmente, assumersi le conseguenze dei numerosi suoi emulatori che sicuramente seguiranno la sua scia: il diritto di famiglia e Luchino Visconti (“*La caduta degli dei*”), il transessualismo e Billy Wilder (“*A qualcuno piace caldo*”), l'autotutela privata e Sergio Leone (“*Per un pugno di dollari*”), il pluralismo giuridico e George Lucas (la “trilogia”), la simulazione e Carol Reed (“*Il terzo uomo*”).

Vi sono in Italia valentissimi giuristi che sono anche, al pari dell'A., appassionati cinefili e dunque egli potrà essere fiero di aver iniziato questo felice connubio fra diritto e cinema. Ma nel contempo, l'A. dovrà sopportare tentativi di imitazione assai più goffi, dovuti alla diffusa

* Pubblicato in *Danno e Responsabilità* 1999, 356.

modestia degli orizzonti culturali del giurista, i cui parametri di riferimento sono, nella fascia “casareccia” Verdone, Nuti, Corbucci e i fratelli Vanzina, e nella versione pseudo-intellettuale Moretti, Salvatore, Tornatore ed i fratelli Taviani.

Sicuramente anche questo scritto dunque – per l’ancor più basso ed anzi infantile orizzonte nel quale si muove – dovrà essere ascritto a demerito dell’A. che ne è stato, involontariamente, il primo ispiratore.

Infatti esso proporrà come chiave di lettura di un tema classico del diritto privato, responsabilità civile e risarcimento, quattro personaggi del mondo dei fumetti e dei cartoni animati (Paperon de’ Paperoni, il Gatto Silvestro, Bugs Bunny e Wile Coyote), rappresentativi di altrettanti modelli giuridici.

Una premessa d’ordine sistematico s’impone. Essa viene presentata a mo’ di postulato nella consapevolezza che essa è altamente opinabile e dunque, nel momento in cui non venga condivisa, le conclusioni inevitabilmente saranno diverse.

Le proposizioni del postulato possono così, sinteticamente esprimersi:

- a) Il sistema della responsabilità civile deve essere considerato nella sua unitarietà: *an debeatur e quantum debeatur* (o *tort e damages*) devono essere visti su un *continuum* ed anzi, un approccio propriamente gius-realista imporrebbe di considerare il problema dal suo momento finale: quanto e cosa viene risarcito.
- b) Il sistema della responsabilità civile non è, peraltro, autonomo ma vive in costante osmosi (e concorrenza) con gli altri settori (del diritto privato o del diritto pubblico) che consentono a chi si ritiene danneggiato di ottenere un ristoro: le regole contrattuali (incluso in esse quelle assicurative), quelle sull’ingiustificato arricchimento, i meccanismi di indennizzo pubblici o para-pubblici (fondi di previdenza, assistenza *et similia*).
- c) L’attribuzione in capo ad un soggetto di una obbligazione risarcitoria sulla base di un illecito extracontrattuale è frutto di una serie di variabili, fra di loro dipendenti, le più ricorrenti delle quali (e cioè presenti variamente nei principali ordinamenti) sono la natura dell’interesse che si assume leso, il grado di riprovazione che suscita la condotta del presunto offensore, il collegamento (che si tenta di spiegare o giustificare con le regole “scientifiche”) causale fra il preteso offensore e il danno lamentato.
- d) Tali variabili possono essere anche assenti (come nel caso della responsabilità oggettiva) ovvero presenti solo come finzione (come

nel caso della *culpa in eligendo* o *in vigilando*).

- e) La variabilità è fortemente influenzata dalla percezione dell'intensità dei principali criteri di imputazione e cioè l'importanza gerarchica dell'interesse leso (dunque al primo posto il bene della vita), la gravità dell'elemento soggettivo (e dunque il massimo di riprovazione va al dolo), la prossimità e la fisicità della relazione eziologica (e dunque preminentemente il danno *corpore corpori dato*); in termini operativi quando uno di tali criteri viene valutato al massimo, gli altri criteri potranno essere presenti anche in misura modesta e a tal fine le regole verranno opportunamente piegate per farvi rientrare il caso di specie. E conversamente, se la valutazione di un criterio è al minimo occorrerà che quella degli altri si collochi ad un livello elevato.
- f) Il sistema della responsabilità civile comprende, peraltro, non solo regole "sostanziali", ma anche il complesso delle regole processuali e il riflesso della complessiva efficienza delle procedure amministrative e giudiziarie. Per fissare il punto finale del sistema lo si può individuare nella concreta e fruttuosa possibilità data al danneggiato vittorioso di eseguire la sentenza risarcitoria.

Un siffatto approccio al tempo stesso globale e funzionale si giustifica alla luce di una considerazione di carattere utilitaristico: il danneggiato ricorre al rimedio della responsabilità civile essenzialmente per finalità di ristoro economico (anche se non sono assenti, ma non certo prevalenti, finalità soddisfattive non patrimoniali). Se alla fine la classe dei danneggiati non ottiene (e non solo sulla carta) quanto è disposta a considerare adeguato, si rivolgerà ad altri istituti o procedure confidando in un migliore successo.

Fatte queste premesse – lo si ribadisce, sicuramente opinabili, ma che hanno un sostrato di argomenti e di fatti apprezzabile, anche se qui per ragioni di brevità vengono omessi dandoli per conosciuti nell'ambito della più generale riflessione sull'istituto della responsabilità civile – possiamo passare ad applicare la chiave di lettura "*comics & cartoons*" prospettata, non senza, però, sottolineare che essa guarda essenzialmente al momento finale: per dirla in soldoni (veri, non metaforici), quanto entra alla fine nelle tasche del preteso danneggiato.

2. Il modello plutocratico: Paperon de' Paperoni

Com'è noto anche al più elitario dei giuristi, la trama quasi costante delle (dis)avventure di Paperon de' Paperoni è rappresentata dal tentativo di taluni soggetti (abituamente la cd. "Banda Bassotti" o la fattucchiera Amelia) di impadronirsi della sua fortuna la cui entità può esprimersi solo in "fantastiliardi". Per raggiungere tale obiettivo costoro utilizzano ogni stratagemma immaginabile, faccia parte del mondo reale o dell'immaginario. Lo sforzo – che solo l'esigenza dell'*happy end* frustra – si giustifica, pur di fronte agli innumerevoli insuccessi ed ai suoi immani costi, in considerazione del valore della posta in gioco. Vale tentare perché se il colpo riesce, il fortunato o i fortunati sono sistemati per il resto della loro vita.

Specularmente Paperon de' Paperoni ha ragione di difendere il suo patrimonio con tutti i ritrovati più sofisticati giacché ciò è giustificato da una razionale ponderazione dei rischi.

La interminabile contesa fra Paperon de' Paperoni ed i suoi aspiranti depredatori è, all'evidenza, una metafora del modello statunitense: a parte la diversa qualificazione dei pretesi danneggiati (visti generalmente con occhio benevolo), le corrispondenze sono vistose; nella realtà noi constatiamo che fra i principali destinatari delle *tort actions* vi è il *big business* che ha accumulato enormi fortune; se si riesce ad espugnare il fortilizio la ricompensa sarà adeguata grazie soprattutto ai *punitive damages* ammontanti ormai a svariati milioni di dollari. Ma anche a mantenersi ai soli *general damages* si tratta di somme considerevoli. Né va trascurata la circostanza che il sistema socio-economico americano rende tali liquidazioni effettivamente riscuotibili, tranne alcuni casi di *over-deterrence* per i quali l'enormità degli importi ha spinto il debitore a fare ricorso a procedure concorsuali.

Il rilievo della posta in gioco è tale che esso giustifica le difese più accanite da parte dell'asserito danneggiante. La strategia si esplica in primo luogo nella fase preliminare dell'azione giudiziaria: il convenuto anticipa lo sbarramento al *pre-trial discovery*, facendo intravedere all'attore una guerra lunga, dispendiosa e, probabilmente, infruttuosa. In ciò trova soccorso dall'ordinamento il quale, anche in considerazione del valore della causa, fissa in genere (la soluzione concreta varia da Stato a Stato) degli *Statutes of Limitations* assai brevi, in tal modo costringendo il preteso danneggiato ad agire quando ancora non ha il quadro chiaro, oppure a desistere.

Il pericolo, chiaramente avvertito dall'impresa chiamata in giudizio,

è che una volta portata la controversia nel processo ordinario ed in particolare di fronte alla giuria, che è composta da *quisque de populo* (che nella nostra metafora corrispondono a tanti Paperino rosi dall'invidia per la fortuna e da astio per la taccagneria dello zio Paperone), questa aprirà le porte del forziere, esercitando la più facile delle virtù: essere generosi con i danari altrui.

3. *Il modello sadico, ovvero Sylvester v. Tweety*

Gatto Silvestro nella sua incessante caccia al canarino Titti è mosso da bisogni essenziali: vive di magri pasti, ripescati dai bidoni della spazzatura, e l'idea di poter integrare la sua alimentazione con qualcosa di succulento è più che legittima. Per realizzare tale aspirazione e superare i notevoli ostacoli che si frappongono egli mette in mostra una grande dose d'ingegno ed abilità nel scalare palazzi, superare muri di cinta, ingannare le guardie.

D'altra parte, darwinianamente, la vittoria dovrebbe essere sua, considerata la stupidità del canarino Titti e del suo leitmotiv (*"I thought I thaw a puttitat"*). Ed in effetti così è: il più delle volte Silvestro riesce a prendere Titti e lo tiene saldamente fra le sue grinfie o addirittura lo ingoia. Ma a quel punto, quando finalmente lo spettatore vede realizzato il suo desiderio di sbarazzarsi di un personaggio odioso e fatuo, immancabilmente compaiono sulla scena la vecchietta che gli assesta una gragnuola di ombrellate, ovvero il mastino Bullo che ha in bocca argomenti molto affilati, ed il povero Silvestro è costretto a liberare o, peggio, a rigurgitare il canarino ancora integro.

Nella trama ora descritta è facile riconoscere la diffusa propensione per il sadismo della cultura giuridica inglese, ed in particolare del *tort of negligence*. Il danneggiato, che legittimamente aspira ad essere risarcito, viene sottoposto ad una vera e propria ordalia: deve individuare il *duty of care* asseritamente leso, dimostrare che egli rientrava, secondo la metafisica regola della *proximation*, fra la categoria dei soggetti protetti da quel *duty of care*, dimostrare che la condotta del preteso danneggiante costituisce una *proximate cause* del danno subito, resistere alle pressioni del suo *solicitor* il cui obiettivo primario è sbarazzarsi della pratica mettendosi d'accordo, per poche sterline con il *solicitor* avversario, subire il salasso – a meno che intervenga il *legala aid* – dal pomposo *barrister*, delle sue narcisistiche esibizioni in corte e della sua prolissa arringa che è solo un *collage* di

sentenze che si trovano su tutti i “*Reports*”. Alla fine, con l’ingegno, con l’arguzia e con l’astuzia, è anche possibile che il danneggiato si veda dar ragione e liquidare una somma che lo ristora delle tante pene (soprattutto processuali) subite. Ma a quel punto intervengono la Court of Appeals o la House of Lords (che metaforicamente sono ben rappresentata da una vecchietta o da un *bulldog*), le quali insorgono: il risarcimento concesso, se non è misero, “*shocks the conscience of the Court*” (o “*of their Lordships*”) e dunque va drasticamente ridotto. Ovviamente non è dato sapere quale è il livello al quale i giudici superiori inglese rimangono “scioccati”. A pensare male viene da ipotizzare che esso corrisponda più o meno al loro appannaggio annuo. Comunque sia, il risultato per il danneggiato è altrettanto deludente che per il nostro gatto Silvestro.

4. *Il modello acculturato: Bugs Bunny*

Tra tutti i classici cartoni animati della Warner Brothers, Bugs Bunny è sicuramente quello di maggiore spessore culturale, in senso classico: non solo per le innumerevoli parodie di opere liriche e teatrali, ma soprattutto per i testi, pieni di riferimenti letterari, giochi di parole, citazioni colte difficilmente percepibili non solo per i bambini, ma anche per gran parte del pubblico adulto.

Di conseguenza, il coniglio Bugs Bunny dimostra una intelligenza pari alla sua cultura e soprattutto un invidiabile *aplomb*, che viene scosso solo qualche volta dalla vista di un cesto di carote o di una vezzosa coniglietta. Vi è inoltre una ulteriore caratteristica di Bugs Bunny rispetto ad altri suoi omologhi come Speedy Gonzales o Beep Beep: egli non fa affidamento sulla velocità per sottrarsi al nemico, bensì sull’astuzia e sulla psicologia.

Dopo averli sbeffeggiati a lungo, alla fine Bugs Bunny si offre spontaneamente ai propri aspiranti carnefici (solitamente il pelato e tonto cacciatore Taddeo e il ferocissimo e onnivoro Diavolo della Tasmania) convincendoli a non ucciderlo: una delle tecniche più utilizzate è quella di sollevare il pelo del polpaccio a mo’ di calzone, facendo vedere la tibia per far capire che è solo pelle e ossa e dunque c’è poco da mangiare.

Se guardiamo al modello francese della responsabilità civile ci avvediamo che esso è appropriatamente rappresentato da Bugs Bunny.

Gli articoli 1382 e 1384 del *Code Napoleon* sono la più felice – nel senso letterario – formulazione dei principi del *neminem laedere e del cuius*

commoda eius et incommoda.

L'ordinamento si dilunga, anche per decenni, su questioni assai dotte concernenti sempre gli stessi due articoli dilatandone la trama sino a comprendere, progressivamente, nuove ipotesi.

La giurisprudenza, inizialmente è restia, ma alla fine si stanca di dire di no al preteso danneggiato: in fondo il fatto illecito è totalmente atipico, non si fa questione di ingiustizia del danno, i criteri di imputazione sono assai laschi (si pensi solo al “*gardien de la structure*”), ed il nesso causale nebuloso (si pensi alla vicenda della “*perte d'une chance*”). La responsabilità civile, dopo aver costretto l'attore a inseguirla per ogni dove, gli apre le porte e gli consegna l'agognato riconoscimento: l'illecito civile c'è. Ma nel contempo gli offre una liquidazione solo pelle e ossa: cifre assai modeste che non turbano più di tanto il preteso danneggiante. Il che appare, dal punto di vista economico, anche logico: se si dà ragione a quasi tutti o a moltissimi, gli importi risarcitori, quasi fossero una risorsa limitata, non possono essere tanto elevati. Il cacciatore Taddeo se ne va cantando vittoria (“*I've killed a wabbit!*”); Bugs Bunny flemmatico strizza l'occhio allo spettatore continuando a rosicchiare le sue carote che nessuno gli ha toccato.

5. *Il modello masochista: Wile Coyote*

I cartoni animati della WB piacciono, non solo ai bambini, perché incanalano in un contesto umoristico una straordinaria carica di violenza: pensiamo alle terrificanti esperienze di Tom, Silvestro, Duffy Duck la cui sintesi antologica è raccolta nei cinque minuti iniziali di “*Chi ha incastrato Roger Rabbit?*”

Ma, in assoluto, il contenuto più massicciamente violento – tale da far apparire Stephen King un autore di ninne-nanne – è raccolto nelle storie di Wile Coyote e della sua *vis compulsiva* che lo porta ad inseguire per tutta la vita l'inafferrabile Beep Beep.

Se non riesce a prenderlo non è per l'intelligenza di quest'ultimo: il bipede è solo veloce ed anche meschino.

La ragione è che Wile Coyote è stupido; e della peggiore razza degli stupidi: quella che si ritiene intelligente, anzi geniale. La scena ricorrente è quella di Coyote che cammina lentamente, visto di spalle, con le mani dietro la schiena. Improvvisamente si ferma, alza il braccio destro, e compare la lampadina della sua ennesima idea.

Dunque Coyote, proprio perché si ritiene geniale, disdegna le soluzioni facili: anziché semplicemente freddare lo spregevole pennuto con un colpo diretto e secco di arma da fuoco, escogita le più complesse astruserie (la carambola di proiettili, i pianoforti sospesi, i pattini a razzo) o ordigni chiaramente sovrabbondanti (l'intera cassetta di bombe, il cannone, il macigno gigantesco) che inevitabilmente gli si ritorcono contro.

Wile Coyote ha inoltre un'altra specialità: quella di creare finzioni che poi si trasformano – a suo danno – in realtà: il *tunnel* dipinto su un telo dal quale esce un vero camion che lo travolge; dieci metri di finte rotaie sulle quali, improvvisamente, compare un treno che lo fa letteralmente a pezzi.

E nonostante ogni volta finisca regolarmente sfracellato in fondo al *canyon*, egli ritorna alla carica spinto da una coazione a ripetere ormai cronicizzata e irrecuperabile. Nulla impara dal passato; nessuna sciagura gli sarà risparmiata in futuro.

Stiamo parlando – è chiaro – del modello italiano della responsabilità civile, il quale appare improntato ad un generale masochismo, che sommerge la intelligenza (o la genialità) diffusa. Basta far alcuni esempi: la vicenda della tutela aquiliana del credito nella quale, dopo vent'anni (come dire: la guerra di Troia e l'Odissea sommati) di sforzi si ottiene la storica sentenza della Cassazione di Genova nel caso Meroni.

Peccato che poi la Corte d'Appello di Genova abbia negato l'esistenza del danno dimostrando la complessiva inutilità dell'impegno. Oppure quella del danno biologico che applicata com'è soprattutto alla responsabilità civile automobilistica equivale solo ad un ulteriore trasferimento (mascherato dalle scienze attuariali) di ricchezza dai conducenti prudenti verso le vittime che essi...non hanno leso. Oppure a quella del risarcimento per occupazione illegittima acquisitiva nella quale tutti i contribuenti pagano l'intrallazzo fra amministratore pubblico e proprietario del fondo, solitamente senza mercato. Oppure a quella delle migliaia di pagine dedicate dalla dottrina al tema della responsabilità del produttore il cui risultato è un pugno di decisioni su elettrodomestici e mountain-bikes.

Ma l'essenza dello spirito di Wile Coyote è racchiusa nella vicenda del risarcimento del danno non patrimoniale: anziché operare la strada diretta della abrogazione dell'art. 2059 c.c., vi è una quarantennale coazione ad aggirare la norma attraverso espedienti sempre "geniali" (il danno "estetico", il danno "alla vita di relazione", il danno "biologico" e, da ultimo, il danno "esistenziale") dei quali la sintesi suprema è racchiusa nell'accertamento incidentale del reato da parte del giudice civile in forza del combinato disposto degli artt. 185 e 198 c.p. e 2059 c.c., giungendo ad accertare "il

reato che esisterebbe se non avesse cessato di esistere” come settant’anni lapidariamente seppelliva la questione Piero Calamandrei: proprio come nel cartone animato, da un finto *tunnel* esce un camion vero.

6. Una sintesi sui rapporti fra diritto e arte

Cosa resta al termine di queste pagine? L’autore si è divertito e spera che in parte si sia divertito il lettore. È ovvio che il ricorso ai personaggi dei fumetti e dei cartoni animati è solo un artificio retorico – in questo caso, prevalentemente, la caricatura – che serve a mettere in evidenza talune caratteristiche dei vari modelli presi in esame che un’analisi giuridico-formale avrebbe forse trascurato od espresso con minore vigore.

D’altra parte il riferimento letterario fa, da sempre, parte del bagaglio del giurista colto: basterebbe leggersi le orazione di Cicerone (v. da ultimo, C.J. CLASSEN, *Diritto, retorica, politica. La strategia retorica di Cicerone*, Bologna 1998). Il limite è solo quello della fantasia dell’interprete e della sua capacità di trovare degli accostamenti fra diritto e letteratura (o arte).

Da questo punto di vista per il giurista è fin troppo facile sfruttare il linguaggio della letteratura a fini argomentativi: esso sarà comunque più chiaro di quello proprio e iniziatico. Dicono più alcune pagine dei “Promessi Sposi” sulla sequela di provvedimenti contro i “bravi”, che decine di volumi sulla (in)effettività della legislazione penale in Italia. Conosciamo di più il regime patrimoniale dei coniugi da un romanzo di Balzac, che dagli interminabili e prolissi trattati dell’*école de l’exègese*.

Il problema è semmai, dunque, di individuazione del livello del discorso: fintanto che esso si svolge fra coloro che lo conoscono si utilizzerà il sotto-linguaggio giuridico la cui struttura convenzionale abitualmente rifugge dalle eccessive contaminazioni letterarie.

Ma non appena ci si vuole sottrarre ai metodi critici del sotto-linguaggio, disorientando il contraddittore (un esempio potrebbe essere questo scritto) si sceglie un terreno letterario: può forse un giurista *seriamente* contestare che la *tort law* americana assomiglia alla contesa fra Paperon de’ Paperoni e la Banda Bassotti?

In realtà se si vuole descrivere il diritto come vita, nel senso proprio del termine, le parole della letteratura o dell’arte hanno molta maggiore pregnanza. Da circa tremila anni l’uomo conosce il mondo, al di là del suo tatto, del suo udito e del suo odorato, attraverso la sua descrizione letteraria

o icastica. Da quando poi sono giunti il cinema, la radio e la televisione le parole e le immagini danno vita ad un universo che solo parzialmente è corrispondente al reale.

Il che spiega perché sette minuti di irreali (ed assurde) vicende di animali disegnati hanno più forza espressiva di una schiera di grandi studiosi. E solo il giurista con la sua fede nella propria scienza (“*credo quia absurdum*”) può pensare di svuotare l’oceano della letteratura e delle arti visive con il secchiello del diritto.

Appendice

WYSTAN H. AUDEN

Law Like Love

Law, say the gardeners, is the sun,
Law is the one
All gardeners obey
Tomorrow, yesterday, today.

Law is the wisdom of the old,
The impotent grandfathers feebly scold;
The grandchildren put out a treble tongue,
Law is the senses of the young.

Law, says the priest with a priestly look,
Expounding to an unpriestly people,
Law is the words in my priestly book
Law is my pulpit and my steeple.
Law, says the judge as he looks down his nose,
Speaking clearly and most severely,
Law is as I've told you before,
Law is but let me explain it once more,
Law is The Law.

Yet law-abiding scholars write:
Law is neither wrong nor right,
Law is only crimes
Punished by places and by times,
Law is the clothes men wear
Anytime, anywhere.
Law is Good-morning and Good-night.

Others say, Law is our Fate;
Others say, Law is our State;
Others say, others say
Law is no more.
Law has gone away.

And always the loud angry crowd,
Very angry and very loud,
Law is We,
And always the soft idiot softly Me.

If we, dear, know we know no more
Than they about the Law,
If I no more than you
Know what we should and should not do
Except that all agree
Gladly or miserably
That the Law is
And that all know this,
If therefore thinking it absurd
To identify Law with some other word,
Unlike so many men
I cannot see Law is again
No more than they can we suppress
The universal wish to guess
Or slip out of our own position
Into an unconcerned condition.

Although I can at least confine
Your vanity and mine
To stating timidly
A timid similarity,
We shall boast anyway:
Like Love I say.

Like love we don't know where or why,
Like love we can't compel or fly,
Like love we often weep.
Like love we seldom keep.

KONSTANTINOS KAVAFIS

ΙΘΑΚΗ

Σα βγεις στο πηγαϊμό για την Ιθάκη,
να εύχεσαι να 'ναι μακρύς ο δρόμος,
γεμάτος περιπέτειες, γεμάτος γνώσεις.
Τους Λαιστρυγόνας και τους Κύκλωπας,
τον θυμωμένο Ποσειδώνα μη φοβάσαι,
τέτοια στον δρόμο σου ποτέ σου δε θα βρεις,
αν μεν η σκέψης σου υψηλή, αν εκλεκτή
συγκίνησης το πνεύμα και το σώμα σου αγγίζει.
Τους Λαιστρυγόνας και τους Κύκλωπας,
τον άγριο Ποσειδώνα δεν θα συναντήσεις,
αν δεν τους κουβαλείς μες στην ψυχή σου,
αν η ψυχή σου δεν τους στήνει εμπρός σου.

Να εύχεσαι να 'ναι μακρύς ο δρόμος.
Πολλά τα καλοκαιρινά πρωινά να είναι
που με τι ευχαρίστηση, με τι χαρά
θα μπαίνεις σε λιμένας πρωτοειδωμένους
να σταματήσεις σ' εμπορεία Φοινικικά,
και τες καλέςπραγματείες ν' αποκτήσεις,
σεντέφια και κοράλλια, κεχριμπάρια κι έβενους,
και ηδονικά μυρωδικά κάθε λογής,
όσο μπορείς πιο άφθονα ηδονικά μυρωδικά,
σε πόλεις Αιγυπτιακές πολλές να πας,
να μάθεις και να μάθεις απ' τους σπουδασμένους.

Πάντα στο νου σου να 'χεις την Ιθάκη.
Το φθάσιμον εκεί ειν'ο προορισμός σου.
Αλλά μη βιάζεις το ταξίδι διόλου.
Καλύτερα χρόνια πολλά να διαρκέσει.
και γέρος πια ν' αράξεις στο νησί,
πλούσιος με όσα κέρδισες στο δρόμο,
μη προσδοκώντας πλούτη να σε δώσει η Ιθάκη.

Η Ιθάκη σ' έδωσε τ' ωραίο ταξίδι.
χωρίς αυτήν δε θα 'βγαινες στο δρόμο.
αλλά δεν έχει να σε δώσει πια.
Κι αν πτωχική την βρεις, η Ιθάκη δε σε γέλασε.
έτσι σοφός που έγινες, με τόση πείρα,
ήδη θα το κατάλαβες οι Ιθάκες τι σημαίνουν.

ITACA *

Quando di metterai in viaggio per Itaca
prega che il cammino sia lungo,
pieno di peripezie, pieno di conoscenze.
I Lestrigoni e i Ciclopi
e l'irato Poseidone non temerli.
Tali cose non le troverai mai in vita tua lungo il cammino
se il tuo pensiero resta elevato,
se un'eletta commozione tocca il tuo spirito e il tuo corpo.
I Lestrigoni e i Ciclopi e l'infuriato Poseidone
non li incontrerai se non li porti dentro la tua anima,
se la tua anima non te li drizza davanti.

Prega che sia lungo il cammino.
Che ci siano molte mattine d'estate,
nelle quali, con che gratitudine, con che gioia,
entrerai in porti mai visti prima.
Fermati nei mercati fenici, e acquista le cose belle:
madreperle, coralli, ambre ed ebanì
e voluttuosi profumi d'ogni sorta,
voluttuosi profumi quanti più puoi.
Va' in molte città egizie,
impara, e impara dai sapienti.

Sempre abbi Itaca nella tua mente.
L'arrivo laggiù è la tua meta.
Ma non forzare in nulla il viaggio.

* Traduzione di Aldo Setaioli.

Meglio è che duri molti anni
E che infine da vecchio approdi nell'isola,
ricco di ciò che hai acquistato nel viaggio,
senza attenderti che Itaca ti dia ricchezze.

Itaca ti ha dato il bel viaggio.
Senza di lei non ti saresti mai messo in cammino.
Ma non ha più nulla da darti.

Se anche la troverai povera, Itaca non ti ha ingannato.
Saggio come sei divenuto, con tante prove,
avrà capito, ormai, ciò che le Itache significano.

Il volume raccoglie otto saggi, pubblicati fra il 1984 e il 1999, in tema di diritti reali, responsabilità civile, risarcimento del danno non patrimoniale, sfruttamento commerciale dei diritti della personalità, diritto europeo dei contratti, pornografia minorile, protezione dei dati personali, danni da procreazione. Gli scritti sono dedicati agli allievi dell'autore per marcare una continuità nell'impegno scientifico ed una condivisione nella costruzione di una università aperta, che guarda al futuro.

Vincenzo Zeno-Zencovich, dopo avere insegnato nelle Università di Genova, Sassari e Cagliari, è stato, dal 1999 al 2024, professore di diritto comparato nell'Università degli studi Roma Tre. È responsabile della Roma TrE-Press, dove ha pubblicato i suoi lavori più recenti, ed è presidente della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei.