



Un nuovo statuto dei diritti nella società dei cambiamenti

Guido Alpa



SOMMARIO: 1. Due visioni del diritto. – 2. Origine dei nuovi diritti. – 3. Un catalogo dei nuovi diritti. La vita familiare. – 4. Nuovi diritti reali. – 5. Diritti nascenti dal rapporto contrattuale. – 6. Nuovi diritti e tecnologie digitali. – 7. Congedo.

1. Due visioni del diritto

Il titolo di questo contributo unisce lo statuto dei nuovi diritti alla società dei cambiamenti, e quindi si riferisce alla fase storica che stiamo vivendo, definita, nella prospettiva giuridica, come “diritto postmoderno”¹. È questa una locuzione cara ad uno dei giuristi più significativi del secondo Novecento, e delle due decadi del nostro secolo, Paolo Grossi, che ci ha accompagnato fino a qualche mese fa dopo aver percorso una lunga e luminosa carriera di studioso e aver donato straordinari frutti della sua intelligenza². La stagione dei nuovi diritti evoca però anche un altro nome, altrettanto famoso e altrettanto importante: quello del mio Maestro Stefano Rodotà, il quale per tutta la vita ha testimoniato il ruolo propulsivo del diritto e dei giuristi nel promuovere le libertà e i diritti civili³. Per parte sua nel 2012, Rodotà aveva rivolto ai giuristi un interrogativo inquietante: «Nasce un nuovo catalogo dei diritti, che trova un primo tentativo di sistemazione nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Ma quali regole devono accompagnare i nuovi diritti? È continua la tentazione di usare la legge non per dare ai diritti la loro

¹ ZACCARIA, *Diritto postmoderno*, Bologna, 2022.

² GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; Id., *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; Id., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020.

³ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2014; RODOTÀ, *La vocazione civile del giurista*, saggi a cura di ALPA e ROPPO, Roma-Bari, 2013

giusta cornice, ma per subordinarli a valori non condivisi, ad un'etica di Stato: nascono così cattive leggi; i nuovi diritti non sostituiscono quelli antichi: il mondo dei diritti vive di accumulazioni, non di sostituzioni; i diritti sociali si affiancano ai diritti civili e politici, ma non li scalzano, altrimenti sarebbe troppo facile dire che questi ultimi sono un insostenibile lusso quando vi sono bisogni elementare da soddisfare»⁴.

Le due visioni del diritto, quella di Grossi e di Rodotà, muovevano da presupposti diversi, anche per la loro diversa formazione culturale e la loro diversa storia personale. Ma presentavano molti aspetti comuni: l'idea che il diritto non potesse essere confinato solo nel mondo delle leggi – in quell'“assolutismo giuridico”⁵ contro il quale Grossi aveva condotto una battaglia coraggiosa, non sempre vincente – e il diritto non potesse essere considerato come la mera crisalide formale entro la quale registrare la distribuzione del potere e i rapporti interindividuali, dovendosi piuttosto modellare il diritto come un centro propulsivo di aspirazioni, valori, pretese, mediante le quali si possa dare piena attuazione alla realizzazione della personalità umana come predicato dalla nostra Costituzione, all'art. 2⁶. Entrambi, poi, volgevano lo sguardo al di là dell' individualismo esasperato che connota la società moderna, poco incline alla inclusione e all'eguaglianza, ma soprattutto avara di spinte solidali, per ricostruire la dimensione collettiva del vivere sociale: basti ricordare gli studi di Paolo Grossi sulla proprietà collettiva, sugli usi civici, sulle terre collettive, e le proposte di Stefano Rodotà sui beni comuni, che discendevano dalle sue ricerche, iniziate nel 1960, sul terribile diritto (per l' appunto la proprietà borghese di stampo napoleonico) e approdate alla relazione presentata al Ministero della Giustizia nel 2007 per la revisione della disciplina del codice civile sui beni e per la introduzione di una nuova categoria, i beni comuni, non contrassegnata dall'appartenenza ma dalla loro funzione sociale e dalla loro fruizione collettiva⁷.

Ecco, il diritto postmoderno comincia di qui e si dipinge anche in questo modo.

La stagione dei diritti ha percorso molta strada da quando fu descritta nelle pagine memorabili di Norberto Bobbio⁸ e non si attesta solo alla conquista di nuovi spazi individuali, ma coinvolge anche i gruppi, le comunità, le aggregazioni dei consociati. La costruzione dei nuovi diritti nella dimensione individuale rimane, ovviamente, quella dominante, secondo le categorie che la scienza giuridica ha elaborato da secoli e che continuano a svolgere la loro funzione ordinante: il diritto soggettivo, proprio perché creato in capo all'individuo si presta di più a soddisfare gli interessi del soggetto piuttosto che non una pluralità di soggetti; e tuttavia le dinamiche che pervadono la società postmoderna si snodano secondo vie che coinvolgono gli individui e le loro aggregazioni:

⁴ RODOTÀ, *La crisi economica comprime i diritti fondamentali*, CNF, Atti del VII Congresso di aggiornamento fornese, Roma, 2012 (e ne *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 41 ss.

⁵ GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

⁶ RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992.

⁷ Ministero della Giustizia, Commissione Rodotà – per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) – Relazione Roma, 2007.

⁸ BOBBIO, *L'età dei diritti* (1989), Torino, 1992.

i “social” di cui si dirà, ci presentano l’individuo, isolato nel suo solipsismo, in contatto virtuale con l’altro, di cui egli avverte il bisogno, attraverso la formazione di gruppi che comunicano tra loro soltanto mediante internet.

Tenendo conto delle due componenti del titolo di queste pagine – nuovi diritti, nuovi cambiamenti – occorre dunque tentare, almeno con il metodo esemplificativo, di tracciare un catalogo significativo, che tenga conto dei fattori che si fanno promotori di nuovi interessi, di nuove pretese a cui il diritto, al quale ormai ci si rivolge per risolvere la maggior parte dei problemi, deve dare voce e protezione. È appena il caso di osservare che, scegliendo questa prospettiva, e avviando il discorso in questo solco, si compie una scelta netta e chiara: quella che si contrappone al minimalismo dei diritti, in voga presso alcuni costituzionalisti nordamericani, per accogliere la via della proliferazione dei diritti, considerata nella nostra cultura giuridica come la risposta democratica agli eccessi del libero mercato, della globalizzazione, della digitalizzazione diffusa, ed ora, della intelligenza artificiale⁹. Si è parlato di retorica dei diritti e di crisi dell’età dei diritti¹⁰. In realtà, secondo i parametri del pensiero occidentale, solo l’espansione dei diritti – anche tenuto conto del loro costo – consente alle moderne democrazie di stare al passo con l’evoluzione dei costumi, della scienza e della tecnica.

2. Origine dei nuovi diritti

Come nascono i nuovi diritti? Per l’appunto dall’evoluzione sociale, dalle esigenze economiche, dalle rivoluzioni biologiche e tecnologiche. Nascono anche da eventi inattesi e catastrofici, come la pandemia di Covid o i flussi degli immigrati cagionati da terremoti, inondazioni, carestie, vicende belliche, sistemi afflitti da instabilità politica, campagne discriminatorie a sfondo religioso e razziale. Questi ultimi aspetti richiederebbero una analisi approfondita che non si adatta alle circostanze che hanno originato queste pagine¹¹.

Anche in questa prospettiva restano fondamentali gli studi di Stefano Rodotà: tutti i suoi libri ci parlano dei nuovi diritti, da *La vita e le regole*, in cui si descrivono i diritti del corpo umano nel progresso delle scienze biologiche e il diritto all’autodeterminazio-

⁹ IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003; DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford; *contra*: MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberismo individualista?*, in *Ragion Pratica*, (2006), n. 26, 179-208; MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002; R. BIN, *Nuovi diritti, vecchie questioni. Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona*, Bologna, 212; PINO, *Crisi dell’età dei diritti?*, in *Etica e Politica*, 2013, I, 87 ss.

¹⁰ Per una confutazione di queste tesi v. PINO, *Crisi dell’età dei diritti?*, in *Etica e Politica*, XV, 2013, I, 87 ss.

¹¹ V. tuttavia LAMBERTI, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, 23 febbraio 2022.

ne, che consente il coinvolgimento della persona negli interventi medici e nella sperimentazione di nuove tecniche e nuovi farmaci, a *Tecnologie e diritti*, che si avventura nei meandri dell' elettronica, dell' informatica e della intelligenza artificiale, a *Il mondo della rete* che prefigura una disciplina di internet nella quale si garantisce a tutti l'accesso ad un sistema che fornisce informazioni e che assomiglia in termini moderni alla alfabetizzazione dei primi del Novecento, richiedendo dunque un servizio destinato costituzionalmente a tutti i cittadini, e *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, per attirare l'attenzione sui risvolti politici delle rivoluzioni scientifiche, a *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, per sottolineare come la convivenza sociale debba poggiare su valori condivisi di rispetto della dignità della persona, di inclusione e di comprensione dell'altro.

In questo brulichio di nuovi diritti qual è il ruolo del legislatore, della giurisprudenza e dell'avvocatura? Il ruolo del legislatore è stato distratto, recessivo, saltuario: pur essendo strettamente necessario ,anche in una moderna divisione dei poteri, non riesce a rincorrere le spinte della società, della scienza e delle tecnologie, sicché spetta, almeno in prima battuta, alla giurisprudenza – e quindi all'avvocatura che ne attiva l'ingresso e ne agevola e ne discute la funzione - la soluzione primaria dei problemi, attraverso la soluzione dei nuovi casi¹². È se mai il legislatore europeo – nei limiti delle sue competenze – a rimediare alle lacune dell'ordinamento dapprima con raccomandazioni e proposte, e poi con le fonti secondarie¹³.

Rispetto al passato, anche recente, ci troviamo in un mondo più complesso, in cui le dichiarazioni dei diritti , cioè i cataloghi dai quali attingere le situazioni soggettive meritevoli di tutela sono collocate in diversi ambiti normativi ed affidate a corti costituite in diversi contesti, con nomine e composizioni differenziate, e con prerogative e competenze differenziate. Il loro continuo operare, contemporaneo ma non sovrapposto, talvolta però conflittuale, evoca quel dialogo tra le corti che si fonda su criteri di natura formale, anche se risente del loro valore politico¹⁴.

3. Un catalogo dei nuovi diritti. La vita familiare

Un catalogo dei nuovi diritti non può che iniziare dai diritti umani. Qui la novità è data dalle nuove prospettazioni che gli avvocati hanno effettuato presso la Corte di Strasburgo e i giudici di quella Corte hanno accolto. Tra i numerosi diritti umani che campeggiano nella Convenzione EDU, quelli relativi alla famiglia e alla vita familiare mi sembrano tra i più avanzati, se possibile disegnando una nozione di famiglia e di vita

¹² V. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

¹³ CREMONA, *New Technologies and EU Law*, Oxford, 2017.

¹⁴ AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015.

familiare più progressiva rispetto a quella ricostruibile sulla base delle disposizioni della nostra Costituzione.

Ecco qualche esempio di applicazione dell'art. 8 della CEDU.

La famiglia è intesa come un gruppo di persone che vivono insieme, ed è la convivenza il legame che sviluppa la personalità dell'individuo (Olsson c. Svezia, 1988). La vita familiare costituisce una nozione autonoma rispetto alla vita privata (Marckx c. Belgio, 1979). La famiglia è considerata sia nella sua versione tradizionale, composta da due membri di sesso diverso uniti in matrimonio, sia nella versione moderna costituita da coppie non unite in matrimonio, ma semplicemente conviventi, siano esse di sesso diverso o dello stesso sesso.

È la convivenza il fattore che qualifica il rapporto che lega i famigliari di fatto (Johnston e altri c. Irlanda, 1986). La coppia di fatto è riconosciuta come tale se la durata della convivenza è stata apprezzabile ed eventualmente se ha dato origine a dei figli (X,Y,Z c. Regno Unito, 1997). La nozione di vita familiare è estesa anche alle coppie omosessuali (Oliari e altri c. Italia, 2015). La nozione di famiglia comprende anche i figli maggiorenni se conviventi (Belli e Arquier-Martinez c. Svizzera). La motivazione del caso Katsikeros c. Grecia riassume la giurisprudenza della Corte sulla rilevanza della famiglia di fatto.

Non può considerarsi una famiglia la relazione meramente biologica tra un genitore e il proprio figlio: occorrono cioè altri fattori perché si possa creare una famiglia (v. ancora Katsikeros c. Grecia): è il caso dell'unione del padre naturale con il figlio nato fuori dal matrimonio.

La sussistenza o meno di una vita familiare che lega le persone è oggetto di accertamento di fatto, e sono le circostanze concrete a determinare l'esistenza di una "famiglia" (L. contro Paesi Bassi, 2004). È perciò considerata una famiglia che dà luogo ad una vita familiare anche la convivenza di un minore con una coppia con cui egli non abbia alcun legame biologico, ma solo affettivo (Moretti e Benedetti c. Italia, 2010), mentre non è considerata una famiglia da cui derivi una vita familiare la convivenza di un minore durata un anno con una donna che aveva ottenuto la dichiarazione dello stato di adottabilità (Marchi c. Italia, 2021). Sempre le circostanze di fatto hanno condotto la Corte ad escludere che si fosse formata una famiglia ed una vita familiare nel caso Paradiso e Campanelli c. Italia (2017), in cui il minore conviveva con la coppia da circa otto mesi in una condizione di precario legame giuridico, senza avere alcun legame biologico con i conviventi. È dunque l'accertamento delle circostanze di fatto che guida la Corte ad accertare se sussistano legami affettivi nati dalla convivenza che giustificano la sussistenza di una vita familiare (Nylund c. Finlandia, 1999; L. c. Paesi Bassi, 2004; Anayo c. Germania, 2010).

Anche una vita familiare solo progettata può avere rilevanza (Pini e altri c. Romania, 2004); il matrimonio religioso non riconosciuto dallo Stato dà luogo ad una famiglia, ma non implica l'obbligo di riconoscimento dello Stato a fini pensionistici o successori (Şerife Yiğit c. Turchia, 2010).

La nozione di "vita familiare" di cui all'art. 8 della Convenzione è più estesa della nozione di "famiglia", come dimostra il fatto che la Corte ha riconosciuto l'applicabilità della disposizione anche al caso di convivenza di fratelli (Moustaquim c. Belgio, 1991; Mustafa e Armağan Akın c. Turchia, 2010), o di zii e nipoti (Boyle c. Regno Unito, 1994). I rapporti

intergenerazionali , tra nonni e nipoti, sono considerati più flebili, così come i rapporti istituiti tra adulti e loro genitori, o tra fratelli e sorelle (Bernhebbia c.Francia, 2003).

Anche la Corte costituzionale, specie negli anni recenti, ha elaborato importanti sentenze riguardanti nuovi diritti della persona e della famiglia, nella latitanza del legislatore civile¹⁵.

Da ultimo, si possono menzionare la sentenza n. 209 del 2022 in cui la Corte ha dichiarato ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 741, lettera b), primo periodo, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022), nella parte in cui stabilisce: «per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e i componenti del suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente». La sentenza n. 195 del 2022 in cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza), nella parte in cui non esclude, dal novero delle cause ostative al riconoscimento del diritto di cittadinanza, la morte del coniuge del richiedente, sopravvenuta in pendenza dei termini previsti per la conclusione del procedimento .

La sentenza n. 131 del 2022 in base alla quale in caso di riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome paterno salva la facoltà dei genitori, di comune accordo, di trasmettere anche il cognome materno garantendo l'effettiva parità dei genitori, la pienezza dell'identità personale del figlio e di salvaguardare l'unità della famiglia.

La sentenza n. 88 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1957, n. 818 (Norme di attuazione e di coordinamento della legge 4 aprile 1952, n. 218, sul riordinamento delle pensioni dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti), nella parte in cui non include tra i destinatari diretti ed immediati della pensione di reversibilità i nipoti maggiorenni orfani riconosciuti inabili al lavoro e viventi a carico degli ascendenti assicurati.

La sentenza n. 79 del 2022 , che è ancora più pregnante. Essa, facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU , ha pronunciato l'incostituzionalità dell'art. 55 della l. 4 maggio 1983 n.184 (diritto del minore ad una famiglia) nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Si legge nella sentenza che «il riconoscimento al minore di legami familiari con i parenti del genitore, in conseguenza dell'acquisizione dello stato di figlio, riveste – (...) (Corte EDU, sentenza Marckx, paragrafo 45) – un significato pregnante e rilevante nella nozione di “vita familiare” e va a comporre la stessa identità del bambino (sentenza Mennesson, pa-

¹⁵ SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, s.d. nel web.

ragrafi 96-101; sentenza Labassee, paragrafi 75-80)» sì che «si deve ritenere che la norma censurata, ponendosi in contrasto con l'art. 8 CEDU, violi gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, primo comma, Cost.».

Non si è ancora risolta la questione della genitorialità di entrambe le donne conviventi, di cui una sia diventata madre del minore mediante procreazione artificiale, anche se la Corte costituzionale ha più volte sollecitato il legislatore a provvedere in questo senso: da ultimo la Corte, con la sentenza n. 230 del 2020, ha messo in luce che «la giurisprudenza ha già preso in considerazione l'interesse in questione, ammettendo l'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia). In questa chiave, “si esclude che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962)” (sentenza n. 221 del 2019). Una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attendono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore».

4. Nuovi diritti reali

In materia di proprietà e diritti reali, per quanto si possa pensare che la materia sia tendenzialmente immobile, attese le sue ascendenze auliche e il principio di tipicità dei diritti reali, riscontriamo novità, in parte derivanti dalla applicazione della CEDU, in parte correlate all'intervento del legislatore, nazionale ed europeo, e poi alle esigenze dettate dalla transizione ecologica.

Oltre all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, nelle materie (peraltro esigue) di sua competenza ha riconosciuto e garantito la proprietà privata, occorre menzionare la corposa giurisprudenza della Corte EDU che ha parificato il concetto di «bene» a quello di «proprietà» (Cedu 19 ottobre 2000 caso *Ambruosi c. Italia*; Cedu 5 gennaio 2000 caso *Beyeler c. Italia*; Cedu 3 luglio 2003 caso *Buffalo s.r.l. c. Italia*), «riconoscendo così la protezione prevista dalla CEDU, oltre che alle cose corporali, anche a quelle incorporeali, ai diritti di credito, ai brevetti e all'avviamento commerciale»¹⁶. E proprio la disciplina dell'espropriazione, collaudata da quasi un secolo, a proposito dell'indennizzo, e nonostante il principio di funzione sociale della proprietà, è stata tra-

¹⁶ TRIMRCHI, *La proprietà europea*, in *Jus Civile*, 2018, 4, 488; ID., *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Milano, 1975.

volta dalla giurisprudenza della Corte EDU con la vicenda Scordino c. Italia, troppo nota per essere ripresa per intero¹⁷, per la quale la Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, e poi la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis del dl. n. 333 del 1992 e del primo comma dell'art. 37 del dpr. n. 327 del 2001 che prevedevano per l'espropriato indennità inferiori al valore di mercato del bene sottratto al proprietario.

Sempre a proposito di rimedi a favore della proprietà una sentenza recente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha risolto il contrasto tra sezioni della Corte in ordine alla prova che il proprietario deve fornire per ottenere il risarcimento del danno da occupazione illegittima, ritenendo che il danno sia *in re ipsa*, e da liquidarsi in via equitativa, salva la prova di un danno maggiore, che deve essere circostanziato¹⁸.

La transizione ecologica ha introdotto un nuovo soggetto di diritto¹⁹, la comunità energetica, un'associazione sui generis – una sorte di impresa sociale – istituita tra comproprietari, piccole e medie imprese, e istituzioni pubbliche, in modo aperto, a cui possono aderire altri proprietari successivamente alla sua istituzione, che autoproduce energia e la fornisce ai propri membri a prezzi accessibili²⁰ e la può vendere anche a terzi, se la produzione di energia è superiore al fabbisogno dei partecipanti.

Ed è ormai assodato che il principio del numero chiuso dei diritti reali è da tempo superato: ciò avviene per i diritti reali immateriali²¹, per i diritti edificatori, per la conformazione negoziale dell'appartenenza, per la multiproprietà, per la cubatura d'aria, e così via²².

Si deve poi considerare la nuova prospettiva con cui, al di là delle proposte di disciplina dei beni comuni, gli studiosi del diritto amministrativo hanno rielaborato la disciplina dei beni pubblici, ormai distante da quella recata dal codice civile agli artt. 812 ss.²³.

¹⁷ V. le sentenze 29 luglio 2004 e del 29 marzo 2006 della Corte EDU.

¹⁸ SASSANI e DE SANTIS, *Note impromptu sul danno in re ipsa* in Sez. Un. n. 33645/2022 e Sez. Un. n. 33659/2022.

¹⁹ Direttiva 2003/30/CE per la promozione dei biocombustibili;

- Direttiva 2002/91/CE sul rendimento energetico degli edifici;

- Direttiva 2004/8/CE per la promozione della cogenerazione;

- Direttiva 2001/77/CE per la promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili.

²⁰ BERTI e BONAITI, *Aspetti e problemi delle recenti riforme in tema di realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Riv. Ambiente e diritto*, 2023, n. 1.

²¹ *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. RESTA, Torino, 2010

²² ALPA, DONZELLI, FUSARO, *Metamorfosi della proprietà*, Milano, 2020; GAMBARO e MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2011.

²³ V. per tutti CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della "proprietà" e dei "beni"*, Torino, 2022; CERULLI IRELLI e DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi, saggio destinato agli scritti in onore di Franco Bassi*, sul web; *Il paesaggio di Alberto Predieri*, a cura di MORBIDELLI e MORSI, Firenze, 2019.

5. Diritti nascenti dal rapporto contrattuale

La disciplina del contratto è una fucina straordinaria per la creazione di nuovi diritti, legata com'è alla autonomia privata, alla libertà di innovazione di tipi contrattuali, alla articolazione di clausole contrattuali particolari.

Vorrei fare riferimento a due questioni complesse, e in via di soluzione giurisprudenziale, ove il legislatore non ritenesse di intervenire per dire la parola definitiva in materia.

Dei diritti dei consumatori si è molto discusso, attesa la rilevanza di questo settore per l'economia e considerate le decine di direttive europee che ne hanno scandagliato tutti gli aspetti²⁴.

Una nasce dal caso *Lexitor*²⁵, che ha interessato dapprima la Corte di Giustizia, la quale, in una vicenda riguardante il rimborso anticipato del credito al consumo, ha stabilito che il consumatore ha diritto alla restituzione di una quota di tutti i costi posti a suo carico per il periodo nel quale non ha goduto del finanziamento, considerando il costo totale del credito, includendosi in esso non solo i costi "running" ma anche quelli iniziali (upfront), quali l'istruzione della pratica, le provvigioni dell'intermediario, etc.²⁶. A seguito della sentenza, l'ABF, con diversi provvedimenti, uno dei quali collegiale²⁷, ha ritenuto che l'art. 125-*sexies* TUB deve essere interpretato nel senso che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito, compresi i costi up front". Il legislatore, peraltro non tempestivamente²⁸, era intervenuto, precisando che «Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse

²⁴ Per una ricognizione in ambito europeo v. MICKLITZ, *The fathers and mothers of consumer law and policy in Europe*, Firenze, 2019.

²⁵ Corte di Giustizia, sentenza n. 383 dell'11 settembre 2019.

²⁶ L'art. 16 della direttiva 2008 n. 48 dispone, a proposito del rimborso anticipato, che «Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto». Nella definizione dei termini usati la direttiva enuncia questo significato di "costo totale del credito": «costo totale del credito per il consumatore»: tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte».

²⁷ ABF, provvedimento n. 2625 dell'11 dicembre 2019.

²⁸ Con l'art. 11-*octies*, commi 1, lettera b), e 2, del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, con la L. 23 luglio 2021, n. 106.

le imposte». Ma il Tribunale di Torino²⁹ aveva sollevato la questione di costituzionalità della nuova norma, sotto il profilo della irragionevole disegualianza che essa introduceva rispetto ai contratti in essere. La Corte costituzionale con la sentenza n.263 del 2022 ha ritenuto costituzionalmente illegittima la disposizione del TUB limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia», sicché <l'art. 125-sexies, comma 1, del TUB che resta vigente per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge n. 106 del 2021, in virtù dell'art. 11-sexies, comma 2, può nuovamente accogliere il solo contenuto normativo conforme alla sentenza Lexitor. L'eliminazione della parte di disposizione rimuove, pertanto, l'attrito con i vincoli imposti dall'adesione dell'Italia all'Unione europea». E la Corte, valendosi dei suoi poteri, ha stabilito che la nuova interpretazione, in parte abrogativa, debba essere osservata solo per il futuro.

Questa vicenda conferma come operi l'intreccio delle fonti, ma anche il dialogo tra le Corti, interne ed europee, e di diverso livello.

Occorre, per completare questo punto, tener conto della recente sentenza della Corte di Giustizia, del 9 febbraio 2023 con la quale, con riferimento alla direttiva 2014/17UE del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori acquirenti di beni immobili residenziali, ha disposto che l'art.25 §1 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che prevede che il diritto del consumatore alla riduzione totale del costo del credito, in caso di rimborso anticipato, includa soltanto gli interessi e i costi dipendenti dalla durata del credito.

Questa correzione di rotta, anche se introdotta in un settore affine, dovrebbe rimediare alle incertezze che ancora investono l'intera vicenda del credito al consumo.

Sempre a proposito delle clausole contenute nei contratti dei consumatori, e delle informazioni preventive che debbono essere fornite al consumatore³⁰, o alla parte “debole”, è significativa la vicenda della validità dei contratti derivati.

Qui entrano in gioco anche Corti straniere, in particolare la High Court di Londra, adita dai clienti delle banche che lamentavano la conclusione di contratti derivati sulla base di informazioni incomplete, tali da non consentire la valutazione dell'alea implicata dall'operazione finanziaria.³¹

Il tema, cose si sa, è molto controverso, sia dal punto di vista del tipo, della quantità e della qualità delle informazioni da fornire al cliente³², sia dal punto di vista della meri-

²⁹ Ord. 2 novembre 2021, in DB Giurisprudenza online.

³⁰ DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. 1. La tutela del consumatore*, Milano, 2008.

³¹ Il 12 ottobre 2021 la *Commercial Court (Financial List division)* della *High Court of Justice of England and Wales* si è pronunciata in una controversia riguardante la sottoscrizione di contratti finanziari derivati da parte del Comune di Busto Arsizio, smentendo la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 8770 del 2020, che riguardava derivati sottoscritti dal Comune di Cattolica (Caso n. 2021 EWHC 2706); la stessa Corte però ha ritenuto che un contratto derivato sottoscritto dal Comune di Venezia fosse nullo (14 ottobre 2022, 2019-000012).

³² GAGGERO, *Appunti sui contratti bancari tipici*, in *Contr. e impresa*, 2019, 450 ss.

tevolezza della causa³³: una giurisprudenza consolidata di merito si è equamente divisa tra libertà di creazione del contratto e di ripartizione dei rischi tra le parti e nullità del contratto per carenza di “alea razionale”³⁴. Ora, un conto sono i contratti derivati conclusi dalle pubbliche Amministrazioni, dichiarati dapprima leciti³⁵ e poi nulli con un provvedimento del 2013³⁶, altra cosa sono i contratti derivati conclusi dai consumatori senza ausilio di un consulente finanziario, che, per la difficoltà tecnica dell’operazione, non sono in grado di prefigurare i rischi dell’operazione, altra cosa ancora i clienti, spesso adeguatamente competenti, che hanno accettato il rischio, o hanno sottoscritto il contratto sulla base della consulenza di operatori finanziari³⁷.

Inopinatamente la Corte di Cassazione si è addentrata sul terreno della causa, sì che la dottrina ne ha bollato la correttezza dogmatica del ragionamento³⁸.

In altra occasione la Corte di Cassazione, con una dotta e compiuta motivazione, ha stabilito come debbono intendersi gli obblighi di informazioni dell’investitore prescritti dal TUB e dai regolamenti ad esso connessi. Il caso riguardava la sottoscrizione di “obbligazioni Argentina”, che il funzionario di banca aveva sconsigliato all’investitore, tenendo conto del suo profilo di rischio, e che l’investitore [aggiungo io, tenendo conto degli interessi assai alti prodotti da questi strumenti finanziari] aveva comunque voluto sottoscrivere. La Corte ha ritenuto che l’informazione del cliente, specie se consumatore, debba essere attiva e costante, sia nel momento di sottoscrizione del contratto quadro, sia al momento della sottoscrizione degli atti esecutivi.

Grande dibattito e qualche sconcerto hanno sollevato le sentenze della Corte di Giustizia che hanno consentito la verifica della validità delle clausole vessatorie contenute nei contratti del consumatore nella fase monitoria e nella fase esecutiva, travolgendo un principio secolare, di intangibilità della res iudicata e di certezza del diritto, che sembravano insormontabili³⁹.

³³ BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015.

³⁴ È una controversia che dura da decenni: v. SANGIOVANNI, *I contratti derivati tra normativa e giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 39; GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010.

³⁵ V. l’ articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria per il 2002.

³⁶ V. l’ articolo 1, comma 572, legge 27 dicembre 2013, n. 147, legge di stabilità per il 2014.

³⁷ V. da ultimo Trib. Milano, 23 settembre 2022, n. 7344.

³⁸ Barcellona, ne *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 2/2022 precisa che «La sentenza della Cassazione n. 21830/2021 si espone a incongruenze e contraddizioni, quando, per sancire la nullità di un Interest Rate Swap (IRS) privo dell’enunciazione di mark to market, criteri di calcolo, scenari probabilistici e costi impliciti, passa improvvidamente dal piano della formazione del consenso a quello della causa per approdare, infine, a quello dell’oggetto».

³⁹ D’ALESSANDRO (E.), *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia*, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite, in *Judicium*, 2 novembre 2022; MARCHETTI F., *Note a margine di Corte di Giustizia UE*, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo “res iudicata pro veritate habetur” nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte., in *Judicium*, 24 giugno 2022.

La sentenza del 17 maggio 2022 relativa alla causa C-600/19, in concomitanza con altre quattro cause (C693/19, C725/19, C831/19 e C869/19) ha infatti stabilito che il principio di effettività e il principio di equivalenza prevalgono sul principio di res iudicata, dovendosi tutelare la parte debole del contratto. Nel conflitto tra principi generali, la protezione del consumatore è considerata la finalità da privilegiare.

Il principio applicato dunque dalla sentenza è il seguente: «L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che, a causa degli effetti dell'autorità di cosa giudicata e della decadenza, non consente né al giudice di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di clausole contrattuali nell'ambito del procedimento di esecuzione ipotecaria, né al consumatore, dopo la scadenza del termine per proporre opposizione, di far valere il carattere abusivo di tali clausole nel procedimento in parola o in un successivo procedimento dichiarativo, quando dette clausole siano già state oggetto, al momento dell'avvio del procedimento di esecuzione ipotecaria, di un esame d'ufficio da parte del giudice quanto al loro eventuale carattere abusivo, ma la decisione giurisdizionale che autorizza l'esecuzione ipotecaria non comporti alcun punto della motivazione, nemmeno sommario, che dia atto della sussistenza dell'esame in parola né indichi che la valutazione effettuata dal giudice di cui trattasi in esito a tale esame non potrà più essere rimessa in discussione in assenza di opposizione nel termine citato».⁴⁰

⁴⁰ Per dirlo con parole della Corte: «(:: occorre ricordare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali. La Corte ha, infatti, già avuto occasione di precisare che, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (v., in particolare, sentenze del 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, punti 35 e 36, nonché del 26 gennaio 2017, *Banco Primus*, C421/14, EU:C:2017:60, punto 46).

La Corte ha altresì riconosciuto che la tutela del consumatore non è assoluta. In particolare, essa ha ritenuto che il diritto dell'Unione non imponga a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13 (v., in particolare, sentenze del 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, punto 37, nonché del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e a.*, C154/15, C307/15 e C308/15, EU:C:2016:980, punto 68), fatto salvo tuttavia, conformemente alla giurisprudenza richiamata al punto 39 della presente sentenza, il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Per quanto attiene al principio di equivalenza, si deve rilevare che la Corte non dispone di alcun elemento tale da far sorgere dubbi quanto alla conformità della normativa nazionale di cui al procedimento principale a tale principio. Dal fascicolo a disposizione della Corte non risulta che il diritto nazionale consenta al giudice dell'esecuzione di riesaminare una decisione giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, nemmeno in presenza di un'eventuale violazione delle norme

Per quanto sia encomiabile l'orientamento della Corte di Giustizia che privilegia il principio della tutela della parte debole nel rapporto contrattuale, molte perplessità suscita la sentenza con cui la Corte ha ritenuto vessatorie le clausole del contratto concluso dal cliente con l'avvocato riguardanti le modalità del compenso a questo dovuto, perché quantificate con il calcolo orario e non preventivamente delimitate. Un conto è osservare il precetto della obbligatorietà del preventivo – peraltro sempre approssimativo perché non si possono antivedere gli sviluppi del procedimento – altro conto è fissare il compenso con tariffe orarie, sistema impiegato nella prassi soprattutto dagli studi forensi internazionali.

La vicenda, nella causa C-395/21, decisa dalla Corte con la sentenza del 12 gennaio 2023, riguardava il pagamento dei compensi (stimati in 100 euro orari) per cinque procedimenti penali; il giudice di merito aveva calcolato l'ammontare complessivo e poi lo aveva dimezzato, con intenti sanzionatori, in quanto aveva ritenuto che, pur essendo la clausola chiara, «il consumatore medio non era in grado di comprenderne le conseguenze economiche, anche tenendo conto delle altre clausole dei contratti di cui trattavasi, in particolare della clausola relativa alle modalità di pagamento, che non prevedeva né la presentazione da parte dell'avvocato di relazioni concernenti i servizi forniti, né la pe-

nazionali di ordine pubblico.

Per quanto riguarda il principio di effettività, la Corte ha dichiarato che ogni caso in cui sorge la questione se una norma di procedura nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione deve essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, del suo svolgimento e delle sue peculiarità, nonché, se del caso, dei principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza del 22 aprile 2021, Profi Credit Slovakia, C485/19, EU:C:2021:313, punto 53). La Corte ha ritenuto che il rispetto del principio dell'effettività non può tuttavia supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato (sentenza del 1° ottobre 2015, ERSTE Bank Hungary, C32/14, EU:C:2015:637, punto 62).

Inoltre, la Corte ha precisato che l'obbligo per gli Stati membri di garantire l'effettività dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione implica, segnatamente per i diritti derivanti dalla direttiva 93/13, un'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva, riaffermata all'articolo 7, paragrafo 1, di tale direttiva e sancita altresì all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si applica, tra l'altro, alla definizione delle modalità procedurali relative alle azioni giudiziarie fondate su tali diritti (v., in tal senso, sentenza del 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, da C776/19 a C782/19, EU:C:2021:470, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

A tal proposito la Corte ha dichiarato che, in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto di cui trattasi, il rispetto dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13 non può essere garantito (sentenza del 4 giugno 2020, Kancelaria Medius, C495/19, EU:C:2020:431, punto 35 e giurisprudenza ivi citata).

Ne consegue che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali, alle quali si riferisce l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, non possono pregiudicare la sostanza del diritto spettante ai consumatori in forza di tale disposizione di non essere vincolati da una clausola reputata abusiva (sentenze del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C154/15, C307/15 e C308/15, EU:C:2016:980, punto 71, nonché del 26 gennaio 2017, Banco Primus, C421/14, EU:C:2017:60, punto 51).

riodicità del pagamento di questi ultimi». Di qui il dubbio della Corte Suprema lituana sottoposto ai giudici europei sulla validità delle clausole del contratto. Pur essendo esse riferite al “prezzo” della prestazione, e quindi, all’oggetto del contratto, di per sé non suscettibile di sindacato da parte della Corte ex art.4 c.2 della direttive n.13 del 1993 sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, la Corte ha rilevato che «la comunicazione, prima della conclusione del contratto, delle informazioni in merito alle condizioni contrattuali ed alle conseguenze di detta conclusione, sono, per un consumatore, di fondamentale importanza. È segnatamente in base a tali informazioni che quest’ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista» (sentenza del 9 luglio 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

In più, «Le informazioni in parola, che possono variare in funzione, da un lato, dell’oggetto e della natura delle prestazioni previste nel contratto di servizi legali e, dall’altro, delle regole professionali e deontologiche applicabili, devono contenere indicazioni che consentano al consumatore di valutare il costo totale approssimativo dei servizi di cui trattasi. Tali sarebbero una stima del numero prevedibile o minimo di ore necessarie per fornire un determinato servizio, oppure un impegno a inviare, ad intervalli ragionevoli, fatture o relazioni periodiche che indichino il numero di ore di lavoro svolte. Spetta al giudice nazionale, come ricordato al punto 38 della presente sentenza, valutare, tenendo conto di tutte le pertinenti circostanze della conclusione di tale contratto, se le informazioni comunicate dal professionista prima della conclusione del contratto abbiano consentito al consumatore di prendere la sua decisione con prudenza e con piena cognizione delle conseguenze finanziarie derivanti dalla conclusione di detto contratto»⁴¹.

6. Nuovi diritti e tecnologie digitali

La società tecnologica ha comportato, come si anticipava, la elaborazione di nuovi diritti, sia a livello costituzionale, sia al livello della disciplina dei rapporti tra privati. Diritto di accesso, libertà di espressione, diritto alla privacy, diritto all’oblio⁴² sono ormai divenuti i capisaldi di una vera e propria branca del diritto, sulla quale non è necessario diffondersi in modo approfondito⁴³. Le nuove tecnologie hanno imposto un ripensamento dei diritti umani, perché le Carte dei diritti sono state elaborate (se si fa eccezione

⁴¹ Sul diritto all’informazione, in particolare in capo ai consumatori v. ora i contributi raccolti nel volume dedicato dai Colleghi al prof. Vincenzo Cuffaro su *I problemi dell’informazione nel diritto civile, oggi*, a cura di Massimo D’Auria, Roma, 2023.

⁴² Da ultimo v. CUFFARO, *Una decisione assennata sul diritto all’oblio*, in *Corr. Giur.*, 2019, 10, 1195 ss.; RESTA e ZENO, *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.

⁴³ V. FROSINI T.E., *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir.inf.inf.*, 2020, 465 ss.; (e già FROSINI V., *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1980).

per la Carta di Nizza) in tempi di molto anteriori agli sviluppi scientifici dell'informatica, della telematica e dell'intelligenza artificiale⁴⁴.

Questi fenomeni hanno introdotto un nuovo modo di vivere e di pensare alla persona umana, Stefano Rodotà direbbe che hanno richiesto la fondazione di una nuova antropologia, dominata dai poteri forti⁴⁵, nuovi, penetranti e opachi, quindi hanno richiesto nuove tecniche di difesa della persona, come il digital right to privacy, che si oppone alla conservazione dei dati personali per un periodo superiore a quello necessario per il loro uso legittimo: è il caso deciso dalla Corte di Giustizia, che va sotto il nome di *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/12⁴⁶; o il caso *Google Spain* (C-131/12) sul diritto all'oblio e quindi alla cancellazione di dati dalle pagine di Internet ormai obsoleti, il caso *Schrems* (C-362/14) in cui la Corte ha invalidato la decisione della Commissione europea relativa all'esportazione di dati personali.

Ma per rincorrere l'evoluzione di queste tecnologie non basta rivolgersi al giudice. Occorre innanzitutto far intervenire le Autorità indipendenti del settore, in particolare il Garante della privacy. Numerosi sono i provvedimenti assunti in quest'ultimo periodo riguardanti le chatbot, e i pericoli che esse rappresentano per minori e persone emotivamente fragili (come Replika), i social delle chat vocali (come Clubhouse) che comportano la profilazione di milioni di persone registrate, di cui è oscura poi l'utilizzazione dei dati reperiti⁴⁷.

Nel contempo l'Unione europea ha approvato il *Digital Market Act* e il *Digital Services Act*, con cui si istituiscono altri diritti in capo ai singoli, che bilanciano la libertà di acquisizione e trattamento dei dati, divenuti ormai un fattore indispensabile dello sviluppo economico⁴⁸.

Nel definire i criteri di funzionamento del mercato digitale l'Unione europea ha fissato con due regolamenti obblighi e divieti per i gatekeepers e le modalità di offerta dei servizi digitali. Il *Digital Markets Act* (DMA), Regolamento (EU) 2022/1925 del 14 settembre 2022 è entrato in vigore il 1° novembre 2022 mentre il Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali, che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), si applicherà dal 14 febbraio 2024.

⁴⁴ BERTI, *Diritti umani. Nuovi diritti. Trasformazione dello Stato di diritto*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 2003, 29 ss.

⁴⁵ Sul punto v. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Roma-Bari, 2023; RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Pol. dir.*, 2010, 3, 341 ss.

⁴⁶ Sul punto v. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta*, in *Riv. dir. media*, 2018, 3; OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in 6 *J. of Institutional Studies*, 2 (2020), 345 ss.; RESTA e ZENO, *Il diritto all'oblio fra Internet e mass media*, Roma, 2015.

⁴⁷ V. la Relazione annuale presentata dal Garante, prof. Pasquale Stanzone, al Senato il 4 luglio 2022.

⁴⁸ ALPA, *Il Mercato Unico Digitale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1, 2021.

L'intento degli organi europei è di instaurare un mercato che pone in equilibrio tutte le imprese, controllando i mezzi che esse utilizzano per acquisire dati dai clienti e verificarne l'impiego. La disciplina dei servizi digitali impone trasparenza sulla profilazione e il funzionamento delle piattaforme online, con obbligo per i fornitori di collaborare con le autorità e sottoporsi ad audit indipendenti.

Il catalogo dei diritti si arricchisce notevolmente, ma al tempo stesso, aumentano i rischi per la privacy, l'identità personale, l'identità digitale. Non possiamo fare a meno delle "piattaforme digitali", ma dobbiamo controllare l'esercizio del loro potere al fine di tutelare i diritti fondamentali della persona⁴⁹.

Sono preoccupanti gli effetti prodotti dalle applicazioni dell'intelligenza artificiale quando essa si sostituisce interamente alla mente umana. Specie nella valutazione dei fatti inerenti a procedimenti giudiziari, l'applicazione meccanica delle risultanze derivate da procedimenti analoghi - nel periodo precedente la valutazione - può portare a soluzioni errate, come risulta dalle ricerche effettuate con il metodo comparativo in altre esperienze, tali da ledere il principio di dignità e di eguaglianza delle persone⁵⁰. Ma anche la semplice classificazione dei curricula per l'assegnazione delle sedi può rivelarsi erronea se effettuata con programmi non appropriati⁵¹. E poi è sempre necessario controllare le fonti con cui si sono elaborati gli algoritmi per poter superare l'opacità delle loro risposte.

7. Congedo

Nel "postdiritto" dobbiamo dunque prendere atto che anche principi consolidati da tempo memorabile possono essere rivisitati, tenendo conto del bilanciamento degli interessi in gioco, e del ruolo che il giudice può rivestire nella interpretazione e applicazione delle regole giuridiche, tenendo conto delle nuove esigenze e della domanda di giustizia che nasce dalla coscienza sociale. Che si tratti di interpretazione creativa oppure di una nuova tecnica per valutare la legittimità degli atti dei privati è questione di teoria generale del diritto.

⁴⁹ *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022 (a cura del Garante della Privacy).

⁵⁰ V. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, 2023.

⁵¹ Cons. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8472, sulla graduatoria dei professori delle scuole secondarie. La Corte ha precisato che «la conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato».

ABSTRACT

Il saggio analizza gli scenari che conseguono alla declaratoria di abusività delle clausole contenute nei contratti di consumo, focalizzando l'attenzione sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. Premessa una ricostruzione dei criteri che orientano il sindacato del giudice - volta a identificare quali aspetti dello stesso possano dirsi effettivamente armonizzati - viene condotta una valutazione differenziata in ragione delle caratteristiche della clausola ritenuta abusiva. Quando quest'ultima non definisce un aspetto essenziale dell'operazione economica, sicché il contratto è in grado di resistere alla sua rimozione, trova applicazione la nullità parziale necessaria che costituisce l'esito ordinario del giudizio di abusività. Si ritiene, allora, che alla declaratoria di nullità della clausola consegua senz'altro l'integrazione del regolamento contrattuale con una norma di fonte legale. L'affermazione, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, in base alla quale l'abusività della clausola comporta esclusivamente la sua soppressione, preclude la riduzione conservativa della clausola: non, invece, la sua sostituzione con le norme che sarebbero state applicate in assenza di essa. La situazione è diversa quando la clausola definisce un aspetto essenziale dell'operazione economica, come il bene o il servizio fornito dal professionista o il corrispettivo dovuto dal consumatore; al verificarsi di queste condizioni, si configura un'alternativa tra la nullità dell'intero contratto e la sua integrazione "ortopedica" mediante regole di fonte legale. Il saggio effettua un'analisi critica della giurisprudenza della corte di Giustizia, che sotto la pressione dei rinvii pregiudiziali prevalentemente effettuati da giudici spagnoli e dell'Est europeo ha elaborato nell'arco di pochi anni un nuovo assetto dei rimedi conseguenti all'esito positivo del controllo di abusività.

The essay investigates the scenarios that unfold when a term in a consumer contract is regarded as unfair, focusing on the European Court of Justice case law. After providing an overview of the criteria based on which a term may be regarded as unfair - with the aim of identifying which aspects of the judicial assessment are truly harmonized in the European legal systems - the author introduces a distinction based on the features of the term regarded as unfair. When such a term does not lay down essential obligations, the contract will continue to bind the parties, provided it can withstand the deletion of the unfair term. It is submitted that when a term is regarded as unfair it will necessarily be replaced with a legal provision of national law. When the ECJ rules that the unfair term must be removed - and not modified, nor partially saved - it prevents the national judge from adjusting such a term by revising its content or deleting a part of it (the one which is deemed unfair), but not from replacing it with the legal provisions that would have been applied if the term had not been drafted by the seller or the supplier. The situation is different when the unfair term lays down essential obligations, as it may happen when it sets out the features of the goods or services provided by the seller or supplier, or when it sets the price owed by the consumer. Under these conditions, it is up to the consumer to choose between the annulment of the entire contract or the replacement of the unfair term with a legal provision. The essay carries out a critical analysis of the judgements of the ECJ, which under the pressure of preliminary rulings mostly requested by Spanish and Eastern European judges has developed in a few years a new framework of remedies.