

# Rassegna

**di Diritto della Moda  
e delle Arti**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

Rivista semestrale  
Fasc. 2/2022

[dirittomodaearti.it](http://dirittomodaearti.it)

ISSN 2785-6259

# Rassegna di diritto della moda e delle arti

*Rivista semestrale*

## **Direttore scientifico**

Prof. Enrico Damiani

## **Comitato di direzione**

Enrico Al Mureden (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Andrea Barenghi (Università degli Studi del Molise), Laura di Bona (Università degli Studi Carlo Bo), Enrico del Prato (Università degli Studi di Roma La Sapienza), Romolo Donzelli (Università degli Studi di Macerata), Laura Marchegiani (Università degli Studi di Macerata), Sandro Nardi (Università degli Studi di Foggia), Barbara Pozzo (Università degli Studi dell' Insubria), Stefano Villamena (Università degli Studi di Macerata).

## **Comitato scientifico**

Benedetta Agostinelli (Università Roma Tre), Luca Barchiesi (Università degli Studi di Macerata), Nathan Allix (Université Paris II Panthéon-Assas), Alessio Bartolacelli (Università degli Studi di Macerata), Giovanni Berti De Marinis (Università di Perugia), Charles-Edouard Bucher (Université de Nantes), Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata), Ilaria Caggiano (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa), Francesca Cangelli (Università degli Studi di Foggia), Marta Cenini (Università dell' Insubria), Tommaso Dalla Massara (Università degli Studi di Roma Tre), Manuel Espejo Lerdo De Tejada (Universidad de Sevilla), Chiara Feliziani (Università degli Studi di Macerata), Francesco Gambino (Università degli Studi di Macerata); Fabrizio Marinelli (Università degli Studi dell' Aquila), Manuel Garcia Mayo (Universidad de Sevilla), Lucilla Gatt (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa), Juan Pablo Murga Fernández (Universidad de Sevilla), Guido Noto La Diega (University of Stirling), Andreas Rahmatian (University of Glasgow), Carmela Robustella (Università degli Studi di Foggia), Claudio Scognamiglio (Università degli Studi di Roma Tor Vergata), Antoine Touzain (Université Rouen-Normandie), Laura Vagni (Università degli Studi di Macerata), Camilo Zufelato (Universidade de São Paulo).

## **Comitato di redazione**

Caporedattrici: Giorgia Vulpiani (Caporedattrice sezione moda – Università degli Studi di Macerata), Chiara Iorio (Caporedattrice sezione arte – Università degli Studi di Macerata).  
Alessandro Berrettini (Università degli Studi di Camerino), Chantal Bompreszi (Università di Bologna), Sara Cavagnero (Northumbria University), Maxime Cormier (Université Paris II Panthéon-Assas), Martina D' Onofrio (Università degli Studi di Verona), Jeanne De Dinechin (Université Paris II Panthéon Assas) Francesca Ferretti (Università degli Studi di Camerino), Clémentine Hebrard (Université Paris II Panthéon-Assas), Eva Helesbeux (Université Paris II Panthéon Assas), Carlotta Ippoliti Martini (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Daria Onitiu (University of Edimburgh); Cristina Evangelhia Papadimitriu (Università degli Studi di Messina).

## **Comitato di referaggio**

Alessandra Dignani (Università di Macerata), Matilde D' Ottavio (Università Politecnica delle Marche), Francesca Guaricci (Università di Macerata), Miriam Larocca (Università di Camerino), Emanuele Montagna (Università di Camerino), Tanya Tiberi (Università di Macerata).

Registrazione presso il Tribunale di Macerata al n. 652/2022. Direttore responsabile: Lisa De Leonardis.

Editore: Associazione per la promozione dello studio e della ricerca in materie giuridiche, con sede in Macerata (MC), via Carducci n. 67

## INDICE

### SAGGI

ENRICO DAMIANI, <i>Cripto-arte e non fungible tokens: i problemi del civilista</i> .....	352
ARIANNA ALPINI, <i>Dalla ‘ platform economy’ alla ‘ clout economy’ . La discussa natura giuridica degli NFTs</i> .....	365
MARTA CENINI, <i>La digitalizzazione della bellezza</i> .....	375
GEO MAGRI, <i>Falsa o erronea attribuzione di opera d’arte e rimedi contrattuali</i> .....	385
DARIA ONTIU, <i>Problematising the (deep)fake Self in Fashion for AI Governance</i> .....	412
FEDERICO ONNIS CUGIA, <i>La natura dei passion investments tra attività di consumo e prodotti finanziari</i> .....	429
FRANCESCA ROTOLO, <i>Creatività vs. originalità: la qualificazione di «opera dell’ ingegno» nell’ era dell’ intelligenza artificiale</i> .....	466
GIACOMO FURLANETTO, <i>La responsabilità estesa del produttore come key factor per una moda sostenibile: riflessioni comparatistiche</i> .....	488
VALENTINA ZAMPAGLIONE, <i>Diritto, moda e nuove tecnologie: chi risponde dei danni ambientali prodotti all’ estero?</i> .....	502

### NOTE

SANDRO NARDI, <i>Il diritto all’ immagine del bene culturale</i> .....	518
ANGELA MENDOLA, <i>L’ illecito sfruttamento online dell’ immagine e dello pseudonimo del testimonial: spunti di comparazione con il sistema tedesco</i> .....	534
INDICE DEGLI AUTORI.....	561

## **SAGGI**

## Cripto-arte e non fungible tokens: i problemi del civilista

ENRICO DAMIANI

Professore ordinario di diritto civile dell' Università degli Studi di Macerata

Crypto art e non fungible token richiedono di verificare se le attuali teorie reggano all' innovazione tecnologica che ha introdotto nella realtà degli scambi modalità di trasferimento delle creazioni artistiche digitali che necessitano di un notevole adattamento delle regole esistenti.

Crypto art and non-fungible tokens challenge the traditional legal theories. The latest technologies introduced, in fact, in the art market a new concept of digital artwork's circulation which requires a fast adjustment of existing legal rules.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Blockchain e mercato dell' arte. – 3. Token tra arte e forma di investimento. – 4. La nuova frontiera della crypto art.

1. La natura delle opere d' arte online sia native che “tokenizzate”, talvolta ricondotte nell' ambito della categoria dei beni<sup>1</sup>, richiede di verificare se le attuali teorie<sup>2</sup> reggano alla innovazione tecnologica che ha introdotto nella realtà degli scambi modalità di trasferimento delle creazioni artistiche digitali che necessitano di un notevole adattamento delle regole esistenti<sup>3</sup>. Un risalente orientamento dottrinale<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Molto interessanti sono le osservazioni svolte da A. GAMBARO, *Ontologia dei beni e jus excludendum*, in [http://www.comparazionediritto.civile.it/prova/files/rav\\_gambaro\\_ontologia.pdf](http://www.comparazionediritto.civile.it/prova/files/rav_gambaro_ontologia.pdf), p. 1 ss. e quelle di M. GIULIANO, *Le risorse digitali nel paradigma dell' art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1214 ss.; in precedenza il tema era stato in parte toccato da I. GARACI, *Lo statuto giuridico dei «nuovi beni» immateriali: fra proprietà privata e beni comuni. Riflessioni su recenti interventi giurisprudenziali e normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 434 ss. la quale muove le sue riflessioni dai cd. “beni comuni” che essendo funzionali al soddisfacimento di interessi fondamentali della persona dovrebbero essere sottratti “alla logica dell' appropriazione esclusiva e della circolazione tipica del mercato concorrenziale”.

<sup>2</sup> A. ZOPPINI, *Le “nuove proprietà” nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 191 accenna ad una crisi della teoria dei beni.

<sup>3</sup> A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritti civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 772 s. proponeva di mettere in discussione la dogmatica giuridica perché i nuovi concetti e le categorie generali del diritto potessero essere aderenti ai valori giuridici della contemporaneità alla luce dei plurimi interessi dell' essere umano.

<sup>4</sup> B. BIONDI, *I beni*, in *Tratt. di Dir. Civ. It.* da F. Vassalli, II ed., Torino, 1956, p. 15 ss. riteneva sostanzialmente equivalenti i termini “bene” e “cosa” affermando che bene giuridico è qualsiasi entità materiale o ideale giuridicamente rilevante.

infatti, ritiene possibile assimilare il concetto di proprietà<sup>5</sup> alle sole cose corporali<sup>6</sup> mentre tutte le entità prive di sostrato materiale che possono essere fatte oggetto di appropriazione in via esclusiva<sup>7</sup> non potrebbero essere ricondotte al diritto reale per eccellenza, pur potendo essere, in qualche modo, riconducibili nell'ambito della categoria dei beni in senso giuridico.

In tale contesto ci si chiede quale situazione giuridica soggettiva possa allora competere ai titolari di opere artistiche prive di sostanza materiale, il che implica la necessità di una individuazione di massima della natura di esse<sup>8</sup> per poi procedere alla individuazione di un appropriato apparato di regole finalizzate alla loro tutela e alla loro circolazione<sup>9</sup>.

Si rende infine necessario individuare, con riguardo alle opere realizzate direttamente dall'Intelligenza Artificiale, quali regole siano richiamabili per la soluzione della questione inerente l'attribuzione del diritto di autore, nella consapevolezza che presumibilmente non tutte le norme vigenti potranno trovare applicazione se non previo adattamento e in forza di una interpretazione evolutiva<sup>10</sup>.

2. La tecnologia *blockchain*<sup>11</sup> è funzionalmente idonea ad essere utilizzata per la circolazione di opere artistiche e ciò grazie alle sue caratteristiche strutturali che garantiscono sicurezza e trasparenza

---

<sup>5</sup> Autorevole dottrina, alla luce dei principi costituzionali, ha ben evidenziato come la proprietà possa essere valorizzata come relazione giuridica in cui evidenziare la centralità del ruolo degli essere umani. Vedasi al riguardo: P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli 1971, p. 38 ss. e di recente G. CARAPEZZA FIGLIA, G. FREZZA, P. VIRGADAMO (a cura di), *A 50 anni dalla «Introduzione alla problematica della proprietà» di Pietro Perlingieri*, Napoli, 2021. Un altro orientamento (P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 229 ss.) considera beni in senso giuridico solo le cose che abbiano una loro patrimonialità o negoziabilità. Secondo D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. Del dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 815 ss. ritiene che il concetto di “cosa” in senso giuridico rappresenta porzioni della realtà naturale, comprensive anche di entità immateriali suscettibili di godimento in forma esclusiva, mentre quello di “bene” concernerebbe le cose insuscettibili di godimento e appropriazione in forma esclusiva.

<sup>6</sup> U. NATOLI, *La proprietà. Appunti dalle lezioni*, I, Milano, 1965, p. 81. In senso opposto si vedano: V. ZENO ZENCHOVIC, *Cosa*, in *Dig. Disc. Prin. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1989, p. 443; D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, p. 815.

<sup>7</sup> Si veda I. GARACI, op. cit., p. 438; non mancano però al riguardo delle voci critiche: O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 164 ss.; D. MESSINETTI, op. cit., p. 812 ss.

<sup>8</sup> F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene generico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 470 ss. evidenzia come il concetto di “bene” formale e statico si presti facilmente alla individuazione di una teoria utile alla individuazione del concetto di oggetto del diritto, superando quelle concezioni tradizionali che ancoravano necessariamente la “cosa” ai requisiti della corporeità, utilità e patrimonialità.

<sup>9</sup> M. GIULIANO, op. cit., p. 1215 parla giustamente di “nuove entità e forme appropriative del tutto nuove”.

<sup>10</sup> Mi sia consentito al riguardo il rinvio e E. DAMIANI, *Trasformazione digitale ed evoluzione dell'interpretazione giuridica*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, p. 13 ss.

<sup>11</sup> Sulla Blockchain si veda la recentissima voce di P. MATERA – A. BENICAMPI, *Blockchain*, in *Dig. Disc. Prin. – sez. Comm.*, (Aggiornamento IX), diretto da Rodolfo Sacco, a cura di S. Bellomo, M. Cian, G. Ferri jr e D.U. Santosuosso, Milano, 2022, p. 23 ss.; P. CARRIÈRE, *La “cripto-arte” e i non-fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico*, in <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/fintech/la-cripto-arte-e-i-non-fungible-tokens-nfts-tentativi-di-inquadramento-giuridico>, 2.8.2021; S. MORABITO, *L'applicabilità della Blockchain nel diritto dell'arte*, in *BusinessJuss*, consultabile sul sito <https://www.businessjuss.com/wp-content/uploads/2018/07/180709-Lapplicabilita%CC%80-della-blockchain-nel-diritto-dellarte.pdf>, 2018, p. 2.

delle informazioni registrate, funzionando nel contempo come database per il caricamento e la conservazione di dati sia come *network* per la loro condivisione con ogni utente che voglia accedere per effettuare una consultazione<sup>12</sup>. Può essere certamente adoperata come un registro nel quale iscrivere i diritti d' autore relativi ad una determinata opera d' arte. Essi saranno così immodificabili<sup>13</sup>, e sarà possibile consultare tutti i passaggi di proprietà che l' hanno già interessata<sup>14</sup>.

Il realizzatore dell' opera che registra la sua creazione riesce ad opporre a tutti i terzi il diritto morale e patrimoniale d' autore, basandosi sulla certezza che la *blockchain* assicura come garanzia dell' autenticità dell' opera, e potrà anche seguirne la circolazione futura e avere conoscenza di tutte le vendite successive alla prima al fine di poter esercitare il suo diritto di seguito<sup>15</sup>.

Il meccanismo di fissazione dei dati nella *blockchain* consente anche di evitare fenomeni come quello del *double spending*<sup>16</sup> e degli acquisti *a non domino*, rafforza il rispetto di vincoli negoziali che altrimenti potrebbero essere elusi facilmente e rende tutti gli atti dispositivi dell' opera artistica<sup>17</sup> immediatamente visibili da chiunque faccia accesso alla piattaforma, in modo da ridurre il *gap* informativo tanto degli utenti

<sup>12</sup> V. C. SANDEI, *Blockchain e sistema autorale: analisi di una relazione complessa per una proposta metodologica*, in *Nuove leggi civ. com.*, n. 01/2021, p. 194 e ss.

<sup>13</sup> Tale immutabilità è data dal ricorso alla prova crittografica, che garantisce la sicurezza e l' irreversibilità delle operazioni grazie all' impiego simultaneo di chiavi asimmetriche di cifratura, i marche temporali (finalizzate alla tenuta in ordine cronologico di tutti i dati) e funzioni di hash, che operano alla stregua di una "traccia informatica" e rendono immodificabile l' informazione. Una volta che la transazione sarà stata inserita nel database il registro verrà aggiornato in modo permanente: quello stesso registro è infatti concatenato al precedente (e così via) in una "catena di blocchi", e tale meccanismo garantisce l' informazione da qualsivoglia attacco informatico e da ogni tentativo di modifica, che potrebbero avere esito favorevole a chi li perpetra solo se si potesse cambiare tutta la catena.

<sup>14</sup> V. G. MAGRI, *La Blockchain può rendere più sicuro il mercato dell' arte?* in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, n. 02/2019, consultabile sul sito <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2019/2/magri.htm>.

<sup>15</sup> L' art. 144 della L. 633/1941 recita che "Gli autori delle opere d' arte e di manoscritti hanno diritto ad un compenso sul prezzo di ogni vendita successiva alla prima cessione delle opere stesse da parte dell' autore. Ai fini del primo comma si intende come vendita successiva quella comunque effettuata che comporta l' intervento, in qualità di venditori, acquirenti o intermediari, di soggetti che operano professionalmente nel mercato dell' arte, come le case d' asta, le gallerie d' arte e, in generale, qualsiasi commerciante di opere d' arte. Il diritto di cui al comma 1 non si applica alle vendite quando il venditore abbia acquistato l' opera direttamente dall' autore meno di tre anni prima di tali vendite e il prezzo di vendita non sia superiore a 10.000,00 euro. La vendita si presume effettuata oltre i tre anni dall' acquisto salva prova contraria fornita dal venditore". Sul diritto di seguito cfr. S. STABILE – E. DEL SASSO, *Il "diritto di seguito" nel mercato primario dell' arte contemporanea*, in *Dir. ind.*, n. 06/2012, p. 507 ss.

<sup>16</sup> Sulla relazione tra blockchain e fenomeno del *double spending* si rinvia a C. SANDEI, *op.cit.*, che afferma che "questo risultato presupporrebbe tuttavia soprattutto un revirement normativo che portasse ad assegnare chiaramente alla registrazione degli atti traslativi del diritto d' autore una funzione per così dire costitutiva. Solo così, infatti, chi acquistasse da un soggetto iscritto nella IP-(block)chain potrebbe avere la certezza (giuridica) – oggi mancante – di aver effettivamente conseguito il diritto [...] l' ordinamento non potrebbe impedire agli autori di "spendere" (nel senso di cedere) il proprio diritto al di fuori della chain (off-chain): perché questo vorrebbe dire subordinare il riconoscimento del diritto al compimento della formalità informatica". V. anche N. LA DIEGA, *Can Permissionless Blockchains be Regulated and Resolve some of the Problems of Copyright Law?*, 2018, p.15, all' indirizzo web [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3296888](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3296888); l' autore pone l' attenzione sulle varie modalità secondo cui differenti ordinamenti conferiscono valore alla registrazione del diritto d' autore. Si rinvia ancora a M. CENINI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 2009, e L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1994, p. 1 ss.

<sup>17</sup> V. A.M. GAMBINO – V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d' autore*, Roma, 2009; A.M. GAMBINO, *Privacy, big data e diritto d' autore* in *Nuovo dir. civ.*, n. 02/2019, p. 255- 263 per una disamina articolata e completa sul diritto d' autore.

quanto dello stesso autore dell' opera il quale, effettivamente conscio dell' andamento dei prezzi delle proprie creazioni sul mercato, potrà stabilire il valore della propria opera con piena consapevolezza<sup>18</sup>.

I vantaggi che la *blockchain* apporta al mercato dell' arte sono stati evidenziati anche dal legislatore europeo nella Risoluzione del Parlamento del 3 ottobre 2018, nella quale si evidenzia come la *Distributed Ledger Technology* possa agevolare la tutela dei diritti d' autore e dei brevetti di "contenuti creativi digitalizzati", permettendo il collegamento dei creatori alle loro creazioni e "migliorando così la sicurezza e la funzionalità nel contesto di un ecosistema di innovazione collaborativa e aperta"<sup>19</sup>; anche il legislatore italiano, con l' art. 8-ter, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (c.d. decreto semplificazioni, poi convertito dalla l. 11 febbraio 2019, n.12), ha definito la *DLT* e gli *smart contract* come sistemi in grado di difendere i dati caricati avverso qualsiasi tentativo di modifica o alterazione<sup>20</sup>.

Ad esempio è in corso di elaborazione un progetto denominato "Monnalisa" che nasce da un accordo di collaborazione concluso dalla Fondazione del Notariato e dalla IBM<sup>21</sup> e che mira a costituire un polo tra notariato, tecnologia e ministero dei beni culturali finalizzato a digitalizzare e certificare in modo assoluto ed incontrovertibile tutte le opere d' arte esistenti, i diritti su di esse costituiti e la loro circolazione, così da permettere alle case d' asta, ai collezionisti e comunque a tutti i soggetti interessati all' acquisto di un' opera di conoscerne la provenienza e la storia<sup>22</sup>.

L' azienda svizzera ArtID ha utilizzato la *blockchain* per creare il Certificato Digitale delle opere d' arte, il cui scopo è quello di attribuire all' artista uno strumento che sia un "eccezionale riferimento per tutti i possessori delle sue opere" e che renda possibile "una dimostrazione di totale trasparenza"<sup>23</sup> mediante l' inserimento nel sistema di tutte le informazioni inerenti l' opera, quali ad esempio una riproduzione fotografica in alta risoluzione dell' opera con allegata l' autentica dell' autore, tutta la documentazione

---

<sup>18</sup> V. G. MAZZIOTTI, *What Is the Future of Creators' Rights in an Increasingly Platform- Dominated Economy?*, in *Int. Rev. Intell. Prop. & Compet. L.*, 2020, p. 1029; C. SANDEI, *op. cit.*

<sup>19</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle *Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione*.

<sup>20</sup> Il legislatore definisce le *DLT* come "le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l' aggiornamento e l' archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia, verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili".

<sup>21</sup> E. DAMIANI, *Blockchain Application in General Private Law: the Notarchain Case* in A. CALIGIURI (a cura di), *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment*, Napoli, 2021, p. 229.; U. BECHINI, *Il notaio digitale. Dalla firma alla blockchain*, Milano, 2019, p. 153.

<sup>22</sup> M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. Impr.*, vol. 35- n. 03/2019, p. 966 e 967.

<sup>23</sup> Secondo Stefano Vablais, *Founder* di ArtID, "l' archivio digitale permette di avere a disposizione la documentazione e le immagini delle opere dotate di certificato digitale, creato direttamente dall' artista sfruttando la tecnologia blockchain che permette di archiviare le informazioni in modo tale da non poter essere più modificate, ma allo stesso tempo condivise e aggiornate. Inoltre, grazie al certificato digitale, l' artista viene tutelato rispetto alla possibilità che circolino falsi".



concernente la sua eventuale archiviazione e le mostre nelle quali è stata esposta, gli stralci delle pubblicazioni di maggiore importanza nelle quali è stata citata e il tracciamento di tutti i passaggi di proprietà che l' hanno vista protagonista.

Sulla stessa lunghezza d' onda anche i fondatori della start-up milanese Art Rights che hanno voluto ideare un "passaporto dell' opera d' arte", basato su "un sistema unico di convalida delle informazioni e del corredo documentale da parte di più professionisti a favore dell' autenticità, *provenance* e *due diligence*, per dare maggiore fiducia al mercato. In completa privacy, sicurezza e valenza legale, la piattaforma utilizza tecnologie all' avanguardia come la *blockchain*, per la validazione *time stamp* e l' addestramento di una rete neurale di intelligenza artificiale finalizzata alla verifica di autenticità, l' analisi di mercato e la gestione della collezione completa di un servizio ArtConcierge, in collaborazione con i principali player di servizi e mercato".

Il sistema *blockchain* si dimostra dunque vantaggioso per superare quegli ostacoli che si incontrano nel corso degli scambi commerciali; in tal senso, il ricorso alla tecnologia *blockchain* non è rimasto un' ipotesi ventilata dagli studiosi come possibile soluzione ad una serie di problemi che si verificano nella prassi, ma ha trovato importanti applicazioni pratiche: un esempio su tutti è l' asta internazionale "An American Place. The Barney A. Ebsworth Collection", tenuta dalla prestigiosa casa d' aste *Christie's*; questo evento segna un netto punto di rottura rispetto al passato, poiché per la prima volta è stata utilizzata la tecnologia *blockchain* come mezzo di certificazione di un' opera, vendendo per la cifra di 69 milioni di dollari la prima opera d' arte digitale<sup>24</sup>.

3. I *token*, rappresentativi di beni o diritti<sup>25</sup> permettono ai loro titolari di usufruire di piattaforme che supportano servizi e applicazioni, in modo da esercitare specifici diritti nel *network* interagendo con gli altri utenti.

---

<sup>24</sup> G. MAGRI, *op.cit.*

<sup>25</sup> In dottrina ha autorevolmente sostenuto che si sta diffondendo il fenomeno della circolazione della "ricchezza assente" P. SPADA, *La circolazione della «ricchezza assente» alla fine del millennio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, p. 407. Cfr. anche M. COSSU -P. SPADA, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente. Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, *ivi*, 2010, p. 401- 417; N. DE LUCA, *Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2020, p.101-130. Notava già D. MESSINETTI, *Beni immateriali*, in *Enc. Giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1, che sul percato si affacciano nuove forme di ricchezza "non omogenee a quelle tradizionali?". Fondamentale è la lettura del saggio di C. A. REICH, *The New Property*, in *The Yale Law Journal*, vol. 73, n. 5, 1964, p. 733 ss. nonché i contributi di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, p. 31 ss. e di U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2013; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 186 ss.

La tecnologia *blockchain* consente di emettere token per la vendita di quote frazionate della proprietà di un'opera d'arte.

Naturalmente la *tokenizzazione* dei beni artistici non richiede il frazionamento fisico dell'opera, che resta perfettamente integra, ma la sua rappresentazione digitale fatta di codici e cifre.

L'opera "*14 Small Electric Chairs*" di Andy Warhol, avente valore di 5,6 mln di dollari è stata digitalizzata e alcuni token, rappresentativi di frazioni di essa, sono stati venduti a più di 800 partecipanti tramite un'asta basata su uno smart contract<sup>26</sup>, e sono stati raccolti 1,7 milioni di dollari equivalenti al 31,5% del valore totale dell'opera.

Così i beni artistici non sono più di esclusivo interesse dei collezionisti, dei musei o delle case d'asta, ma anche dei fondi di investimento<sup>27</sup>.

Il che pone un problema di individuazione della natura dei token: beni (ancorché cripto-beni) o servizi di investimento?

In un recente contributo autorevole dottrina<sup>28</sup>, in un'ottica comparatistica, ha approfondito la questione della natura dei diritti sui beni immateriali individuando due diverse concezioni: quella anglo-americana, fatta propria dalla dottrina internazionalprivatistica, che li riconduce alla "*intellectual property*" come "proprietà immateriale" alla luce dei profili di assolutezza e di opponibilità *erga omnes* che li denota<sup>29</sup> in contrapposizione ai diritti di credito e quella classica, della dottrina italiana<sup>30</sup>, la quale escludendo che i diritti reali potessero avere per oggetto un bene immateriale, concludeva per ricondurre i diritti sulle opere

---

<sup>26</sup> In Italia la legge n. 12/2019 di conversione del d.l.n.135/2018, all'art. 8-ter, secondo comma, enuncia la definizione di smart contract: "Si definisce smart contract un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". Sul rapporto tra smart contract e blockchain si veda G. FINOCCHIARO, C. BOMPRESZI, *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, in *mediaLaws* – Riv. dir. media, fasc. 02/2020, p. 111-135.

<sup>27</sup> Trattasi di fondi particolarmente redditizi, soprattutto nel caso dell'arte moderna; sul tema cfr. P. FARINA, *Investire nell'arte: gli "art investment funds"* in <https://farinarte.wordpress.com/2018/05/28/investire-nellarte-gli-art-investment-funds/>; M.A. MARCHESONI, *Investire in arte, un fondo per i tangible asset*, in *Il sole 24 ore* del 3 febbraio 2017; S. SEGHALINI, *Art fund. Lo stato dell'arte*, in *Artribune* del 16 novembre 2016 <https://www.artribune.com/professionisti-e-professionisti/diritto/2016/11/diritto-art-fund-mercato-finanza/>.

<sup>28</sup> L'art. 1, par. 2 dell'accordo TRIPS (Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio) concluso a Marrakesh il 15 aprile 1994 pare orientato, appunto in tal senso, come ben nota A. GAMBARO, *Ontologia dei beni e jus excludendum*, cit., p. 1.

<sup>29</sup> Sulla rilevanza del diritto di esclusione al fine di individuare i caratteri tradizionalmente attribuiti al diritto di proprietà nella concezione classica, vedasi A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016, p. 215 ss.

<sup>30</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9 ed., rist. Napoli, 2002, p. 80.

dell'ingegno nell'ambito del diritto della concorrenza e del mercato<sup>31</sup>, conservando comunque il carattere della esclusività, tipico dei diritti reali.

Non potendo in questa sede approfondire ulteriormente la questione, accentuando il profilo relativo all'investimento da parte degli acquirenti dei token, non si può escludere la possibilità di configurare questi ultimi, almeno in alcuni casi, come una sorta di "prodotti finanziari"<sup>32</sup>.

Ma non si esaurisce qui la problematica concernente la natura giuridica dei non fungible tokens. Si possono immaginare diverse ipotesi:

A) essi possono essere ricondotti nella nozione di beni (art. 810 c.c.)<sup>33</sup> ed in tal caso formare oggetto di proprietà<sup>34</sup> o altro diritto reale (con l'inerente applicazione delle regole della comunione ex art. 1100 ss. c.c. nell'ipotesi di appartenenza ad una pluralità di soggetti);

B) possono essere qualificati come fattispecie negoziali complesse rappresentative di diritti di credito e/o reali<sup>35</sup>;

C) nella ipotesi in cui essi possano essere descritti come asset tokens<sup>36</sup> (o security tokens) è possibile ricondurli tra i "titoli di credito"<sup>37</sup>: ossia evoluzioni in chiave tecnologica dei titoli rappresentativi di merci (art. 1996 c.c.) o delle fedeli di deposito (art. 1790 c.c.).

---

<sup>31</sup> A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 2.

<sup>32</sup> P. CARRIÈRE, *op. loc. cit.*, nt. 5. F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina europea delle cripto-attività. Riflessioni a margine della recente proposta della Commissione UE*, in <https://www.dirittobancario.it/approfondimenti/fintech/verso-una-disciplina-europea-delle-cripto-attivita-riflessioni-margine-recente-proposta-commissione>, rileva che l'approccio della MiFID è nel senso di catturare all'interno del suo ambito di applicazione anche i derivati su merci che presentino talune caratteristiche di "finanziarietà".

<sup>33</sup> In dottrina è piuttosto consistente l'indirizzo dottrinale che ritiene che l'art. 810 c.c. abbia una portata meramente enunciativa risultando privo di rilevanza precettiva. Si vedano: S. PUGLIATTI, *Cose*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 80; U. NATOLI, *op. cit.*, p. 77; O.T. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 92 ss.; I. GARACI, *op. cit.*, p. 436 – 437.

<sup>34</sup> Fare riferimento al concetto di "proprietà" implica la risoluzione di una pluralità di problemi. Primo fra tutti l'individuazione del significato di tale termine stante la possibilità di immaginare una pluralità di diritti, tutti ascrivibili al concetto di proprietà, ma declinabili secondo diversi statuti normativi. Il riferimento agli studi di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera*, in *Atti del III Congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, 1950, p. 46 e ss.; Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, è più che evidente. Ulteriori spunti sono rinvenibili in U. NATOLI, *op. cit.* e più di recente S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, III ed., 2013, p. 438 ss.; L. NIVARRA, *L' introduzione alla problematica della proprietà nel quadro delle riletture costituzionali del diritto di proprietà*, in *Jus civ.*, 2021, p. 550 ss. Sul concetto di bene si vedano inoltre: C. SGANGA, *Dei beni in generale*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger - Busnelli, Milano 2015; F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 460 ss. con la proposta di ritenere l'art. 810 c.c. espressione di un principio di ordine pubblico.

<sup>35</sup> P. CARRIÈRE, *op. cit.*, p. 3.

<sup>36</sup> La dottrina li riconduce persino nell'ambito dei derivati. Vedasi F. ANNUNZIATA (diretto da), *Il testo unico della finanza. Un bilancio dopo 15 anni*, Milano, 2015, p. 7.

<sup>37</sup> Cass., 12 Marzo 2018, n. 5911 ha ritenuto che ha natura finanziaria l'operazione promossa dai promotori finanziari relativa alla compravendita di opere d'arte, in <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/19413#gsc.tab=0>.

Se anche si qualificassero i NFT come beni (mobili) immateriali resterebbe impregiudicata la questione relativa alla qualificazione giuridica della relativa situazione di appartenenza: della proprietà sarebbe inapplicabile la disciplina relativa alla doppia alienazione e al possesso<sup>38</sup> vale titolo, inoltre varrebbe per la loro circolazione un regime di “pubblicità (dichiarativa) di soft law” essendo necessario che ogni passaggio risulti tramite *Blockchain* e condiviso quindi da tutti gli utenti del *distributed ledger*.

Gli utenti che acquistano tramite token la “proprietà” frazionata di opere d’ arte hanno la possibilità di crearsi un portfolio artistico diversificato, che altrimenti rientrerebbe nelle possibilità di un numero minimo di acquirenti: si parla a tal proposito di “democratizzazione”<sup>39</sup> dell’ arte: non solo “i ricchi potranno così avere accesso al mercato dell’ arte”<sup>40</sup>.

La *blockchain* potrebbe essere utilizzata per porre rimedio alla situazione di sottoutilizzo<sup>41</sup> del nostro patrimonio artistico<sup>42</sup> e potrebbe consentire lo sviluppo di un piano di tutela, conservazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare culturale italiano totalmente digitalizzato e distribuito<sup>43</sup>.

Il ricorso alla tokenizzazione dei beni artistici pone però dei rischi<sup>44</sup>, legati principalmente alla possibilità che si speculi sull’ opera, al venir meno della connessione diretta dello spettatore con l’ arte in ragione della fruizione dell’ opera in modalità digitale, alla difficoltà di esercitare un effettivo controllo sui singoli nodi (miners) della blockchain e alla complessità dell’ inquadramento del fenomeno in un modello rigido; un ulteriore elemento di difficoltà ed incertezza è il fatto che ben pochi paesi si sono dotati di una normativa unitaria in tema di DLT e, in particolare, in materia di emissione e circolazione dei token

<sup>38</sup> Sulla possibilità di possesso e di usucapione delle opere d’ arte si veda il recente contributo di A. MONTANARI, *Possesso «non clandestino» e possesso «occulto» nell’ usucapione di opera d’ arte: qualche riflessione di arte e diritto a margine di un recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Jus civ.*, 2021, p. 1860 ss.

<sup>39</sup> Contrariamente G. MAGRI, *op.cit.*, che afferma: “Sul punto pare legittimo esprimere qualche dubbio: chi possiede soltanto una piccola porzione dell’ opera, si trova in una posizione decisamente diversa da chi ne possiede il 51% e può decidere se tenerla appesa nel salotto di casa, piuttosto che nello studio o nel caveau di una banca. Si tratta quindi di una democratizzazione dell’ arte che è, con tutta evidenza, soltanto virtuale.”

<sup>40</sup> L. BOVONE, E. MORA, *Saperi e mestieri dell’ industria culturale*, Milano, 2008, p. 57-58.

<sup>41</sup> A.L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari- Roma, 2019. Anche la direzione generale Musei del Mibact ha valutato il ricorso alla blockchain: nella circolare n. 52/2019 si enuncia una possibile applicazione della blockchain come mezzo per controllare i proventi dei musei italiani al fine di valutarne la redditività e la possibilità di autofinanziamento.

<sup>42</sup> Si è levata anche la proposta di emettere degli NFT per i beni storici del nostro patrimonio artistico come il colosseo: [https://www.italian.tech/blog/lettere/2021/07/26/news/vendiamo\\_il\\_colosseo\\_come\\_nft\\_-311764838/](https://www.italian.tech/blog/lettere/2021/07/26/news/vendiamo_il_colosseo_come_nft_-311764838/)

<sup>43</sup> M. GIACCAGLIA, *op. cit.*, p. 1585. A.L. TARASCO, *Per rilanciare i musei italiani dopo la pandemia servono i Bot culturali*, in *MilanoFinanza*, 4 giugno 2020, si riferisce ad alcune proposte per il rilancio del patrimonio artistico italiano tramite blockchain. Questa risulta vantaggiosa anche in ambito tributario, e a tal proposito v. M. GIACCAGLIA, *op. loc. cit.*, e C. GHIRRI, *Blockchain come arma contro l’ evasione fiscale*, in *ItaliaOggi*, n.74/2019, p.34, secondo cui la blockchain, per via delle sue caratteristiche di immutabilità e trasparenza, potrebbe costituire “un [...] mezzo nel passaggio di ripensamento dei meccanismi di tassazione [...] creando un sistema in cui sia i contribuenti che le autorità fiscali hanno pari fiducia nella veridicità e nella completezza dei dati raccolti”.

<sup>44</sup> Per un’ ampia valutazione dei rischi connessi alla circolazione di valute virtuali o di strumenti rappresentativi di ricchezza, cfr. A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e criptovalute*, in *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, Bologna, 2019, p. 277-281.

attraverso protocolli blockchain<sup>45</sup>; tra gli stati europei sono rilevabili orientamenti contrapposti e tendenzialmente meno permissivi rispetto a quello americano, dove i token sono regolamentati come strumenti finanziari, ma il legislatore italiano ha dato prova di essere favorevole alla trattazione delle nuove tecnologie nell'ottica di addivenire ad una produzione normativa ad hoc, che non ostacoli né rallenti il progresso tecnologico – palesemente vantaggioso per l'economia e lo sviluppo e che si verifica in una dimensione soggetta a cambiamenti estremamente rapidi-, ma che si assicuri al tempo stesso che l'ambito applicazione dei sistemi basati sulle DLT sia ricompreso nella sfera della legislazione positiva.

4. Grazie alla blockchain e al fenomeno della tokenizzazione è ormai possibile commercializzare<sup>46</sup> anche le opere native digitali<sup>47</sup>, come nel caso delle opere Cryptopunk<sup>48</sup> e Cryptokitties<sup>49</sup>, che sono state trasferite mediante blockchain in modo tale da garantire al compratore l'effettività dell'acquisto, o dell'opera "Forever Rose"<sup>50</sup> ideata dall'artista Kevin Abosh, in collaborazione con la piattaforma Gifto, per l'acquisto e lo scambio di regali virtuali mediante un sistema fondato sull'utilizzo combinato della blockchain e degli smart contracts, o del dipinto "Ritratto di Edmond de Belamy"<sup>51</sup>, elaborato da un algoritmo e venduto dalla casa d'asta Christie's per la cifra di 432.500 dollari.

I token legati alla cryptoart<sup>52</sup>, detti "NFT- Not Fungible Tokens", sono codici crittografici – equivalenti alla firma dell'artista- non interscambiabili, idonei a rappresentare un bene unico attestandone la

---

<sup>45</sup> Per un' esaustiva panoramica delle proposte di regolamentazione sviluppate dagli Stati Membri dell' UE cfr. A. M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *op.cit.*, p.287-290.

<sup>46</sup> M. ZEILINGER, *Digital Art as 'Monetised Graphics': Enforcing Intellectual Property on the Blockchain*, in *Philosophy & Technology*, vol. 31 – n.01/2018, p. 15 ss.

<sup>47</sup> Vale a dire di quelle opere che non esistono fisicamente ma che sono create e rappresentate direttamente su un supporto elettronico.

<sup>48</sup> Sono immagini pixel 24x24 originate da un algoritmo che rende le opere uniche e tra loro non ripetute, anche se alcune potrebbero risultare simili. Le opere vengono commercializzate grazie alla blockchain Ethereum. La blockchain assicura a ogni acquirente di essere l'unico titolare dell'opera acquistata. <http://thecryptopunks.com/>.

<sup>49</sup> Un "gatto digitale" con il quale l'utente può interagire nutrendolo e accudendolo. Anche i gatti digitali vengono acquistati tramite bitcoin su una blockchain, che assicura a ogni acquirente di essere l'unico titolare dell'animale e di poterne disporre. Sul tema v. L. LOTTI, *Contemporary art, capitalization and the blockchain: On the autonomy and automation of art's value*, in *Finance and Society*, vol. 02 - n.02/2016, p. 96- 110, e T. BAZZICHELLI, *Networking Art: The Net as Artwork*, Digital Aesthetics Research Center, Aarhus University, 2008.

<sup>50</sup> L'opera è stata registrata come token su Ethereum e venduta per un milione di criptovalute ad un acquirente rimasto anonimo. Abosh ha creato circa 10 milioni di opere virtuali rappresentate da token ERC20 standard sulla piattaforma Ethereum.

<sup>51</sup> L'autore è un algoritmo creato da tre francesi parte del collettivo parigino Obvious: Hugo Caselles-Dupré, Pierre Fautrel e Gauthier Vernier, esperti di AI e di finanza. L'algoritmo ha prodotto effetti in due momenti differenti: nella prima fase, quella del "generatore", l'algoritmo ha analizzato decine di migliaia di dipinti per apprendere nozioni e tecniche pittoriche; nella fase successiva, detta del "discriminatore" ha creato l'opera dopo averla accostata ad altre di cui aveva preso conoscenza nel momento precedente, per differenziarla da queste; cfr C. CEVENINI, introduzione a G. FRANCESCHELLI, I, *Artist. Opere d'arte e intelligenza artificiale. Il curioso caso del diritto d'autore*, Senigallia, 2019, p. 2.

<sup>52</sup> Cfr C. SANDEI, *op.cit.*: "Per chiarezza, va detto che non esiste una nozione condivisa di crypto-art: mentre infatti alcuni

provenienza e cristallizzando l'informazione nel registro blockchain, potendo determinarne così il valore commerciale<sup>53</sup>. Gli NFT non sono direttamente scambiabili con altri virtual asset in funzione della loro unicità: essa dipende dai metadati contenuti nei token, dai quali derivano tutte le peculiari caratteristiche inerenti origine, numero di cloni prodotti e dimensioni<sup>54</sup>.

Lo scambio di NFT rappresenta un trend in costante crescita tra i collezionisti, attirati tanto dalle caratteristiche di unicità e incorruttibilità e dalla facilità di scambio dei tokens, che dall'assenza di veri e propri ostacoli alla rivalutazione delle opere e alla possibilità di evitare i controlli tipici dell'arte tradizionale<sup>55</sup>.

La possibilità di commercializzare forme di crypto art non deve necessariamente riguardare le sole opere già venute alla luce: non è surreale ipotizzare che l'artista, per finanziare il proprio lavoro, possa cercare di raccogliere liquidità ricorrendo ad un meccanismo simile al crowdfunding e al fenomeno delle *initial coin offering*, emettendo e alienando *copyright tokens*<sup>56</sup> rappresentativi di una quota del diritto d'autore avente ad oggetto l'opera ancora da creare, e d'altro canto tale evenienza è più che possibile dal momento che l'autore non sta facendo altro che disporre del proprio diritto su un'opera futura (purché determinata o determinabile), secondo quanto previsto dall'art. 120 della Legge sul diritto d'autore e più in generale dall'art. 1346 c.c.

Sono emerse però delle perplessità riferite principalmente alle modalità di tutela degli acquirenti nelle ipotesi in cui l'opera non dovesse mai nascere o l'emissione di nuovi token comportasse un aumento di quelli già in circolazione<sup>57</sup>; tra le soluzioni proposte vi è quella di considerare i token non come attributivi di frazioni del diritto di proprietà dell'opera, ma di alcune delle revenues provenienti dallo sfruttamento di tale diritto. Tale qualificazione dei token non ha però riscosso unanime successo tra gli esperti della materia, poiché è stato altresì considerato che una simile ricostruzione della natura dei copyright tokens

---

preferiscono limitare il concetto alle sole opere blockchain-based, altri tendono a conferire all'espressione un significato più generico, ricomprendendovi qualsiasi manifestazione creativa (anche analogica) tokenizzata. In tutti i casi, si tratti solo o anche di un movimento artistico, discorrere di crypto-art significa in ultima istanza ragionare di un nuovo modello di mercato organizzato sulla falsariga di quello di bitcoin e, quindi, essenzialmente più aperto, liquido e speculativo dell'attuale".

<sup>53</sup> I. FERLITO, *op.cit.*, p.47.

<sup>54</sup> Cfr. F. ANTONACCHIO, *Criptoarte e Non Fungible Token alla ricerca di nuove regole* in *Il fisco*, n. 21/2021, p. 2023 ss.

<sup>55</sup> V. F. ANTONACCHIO, *op.cit.*

<sup>56</sup> P. DE FILIPPI, *Blockchain-based Crowdfunding: what impact on artistic production and art consumption?*, in *Observatório Itaú Cultural*, n.19/2015; R. MATULIONYTE, *Can Copyright be tokenized?*, in *Eur. Intell. Prop. Rev.*, n. 02/2020, p. 101 ss.

<sup>57</sup> Cfr. C. SANDEI, *op.cit.*; OECD, *Regulatory Approaches to the Tokenisation of Assets*, in *OECD Blockchain Policy Series*, 2021, p. 11, in [www.oecd.org/finance/Regulatory-Approaches-to-the-Tokenisation-of-Assets.htm](http://www.oecd.org/finance/Regulatory-Approaches-to-the-Tokenisation-of-Assets.htm).

potrebbe assimilare il loro acquisto ad un investimento, con il risultato di dover applicare la relativa disciplina finanziaria<sup>58</sup>.

Tra le opere più sensazionali realizzate nella forma di crypto art vi è il dipinto “The next Rembrandt”, quadro esposto nell’aprile 2016 alla Galerie Looiersgracht60 di Amsterdam e premiato sedici volte a Cannes nel campo dell’innovazione tecnologica, è stato realizzato grazie alla collaborazione di Microsoft, ING, Università tecnica di Delft e altre realtà; le parti hanno voluto utilizzare le nuove tecnologie per rispondere ad una domanda: è possibile riportare indietro il maestro Rembrandt per fargli dipingere un ultimo quadro?<sup>59</sup>.

Per fare ciò, gli operatori hanno per prima cosa proceduto ad un complesso studio delle tele del pittore e alla raccolta di dati mediante la scansione 3D e grazie anche un deep learning algorithm, che ha permesso di creare un ricco database<sup>60</sup> contenente tutte le informazioni estrapolate dai dipinti esaminati; raccolti i dati necessari, i programmatori hanno poi analizzato la demografia delle facce raffigurate concentrandosi su elementi quali genere, età e direzione del volto e, grazie dell’analisi statistica, sono stati in grado di mettere in rilievo quei dettagli che più di altri caratterizzano le opere di Rembrandt e permettono di distinguerle da quelle di altri artisti che a lui si sono ispirati. A seguito di queste valutazioni, gli studiosi sono arrivati alla conclusione che il protagonista di “The next Rembrandt” sarebbe dovuto essere un maschio caucasico tra i 30 e i 40 anni, vestito di nero con un collare bianco ed un cappello in testa, con lo sguardo orientato verso destra<sup>61</sup>. Successivamente dai quadri dipinti da Rembrandt sono stati estrapolati solo i dati correlati all’identikit nel protagonista dell’opera in gestazione, andando a paragonare i singoli lineamenti e stabilendone le proporzioni con precisione assoluta, grazie al ricorso ad

---

<sup>58</sup> C. SANDEI, *Initial coin offering e appello al pubblico risparmio*, in CIAN e SANDEI (a cura di), *Diritto del Fintech*, Padova, 2020, p. 285 ss.; Sulla natura finanziaria dei token v. P. CARRIÈRE, *La “cripto-arte” e i non-fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico*, in *Diritto Bancario*, 2021, consultabile sul sito <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/fintech/la-cripto-arte-e-i-non-fungible-tokens-nfts-tentativi-di-inquadramento-giuridico> ; P. CARRIÈRE, *L’ “opera d’arte” nell’ordinamento finanziario italiano*, in *Banca impresa soc.*, vol. 37- fasc. 03/2018, p. 513- 551; P. CARRIÈRE, *Le “criptovalute” sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di “strumenti finanziari”, “valori mobiliari” e “prodotti finanziari”; tra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. Banc.*, n. 01/2019, p. 117-168; P. CARRIÈRE, *Possibili approcci regolatori al fenomeno dei crypto-asset; note a margine del documento di consultazione della Consob*, in *Diritto Bancario*, 2019 fruibile sul sito <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/fintech/possibili-approcci-regolatori-al-fenomeno-dei-crypto-asset-note-margine-del-documento-di-consultazione> ; P. CARRIÈRE, *Crypto-assets: le proposte di regolamentazione della Commissione UE. Opportunità e sfide per il mercato italiano*, *Diritto bancario*, 2020, disponibile sul sito <https://www.dirittobancario.it/approfondimenti/fintech/crypto-assets-le-proposte-di-regolamentazione-della-commissione-ue-opportunita-e-sfide-il-mercato-italia> ; F. ANNUNZIATA, (diretto da), *Il testo unico della finanza. Un bilancio dopo 15 anni*, Milano, 2015; F. ANNUNZIATA, *Speak, If You Can: What Are You? An Alternative Approach to the Qualification of Tokens and Initial Coin Offerings*, in *European company and financial law review*, vol. 17 – n. 02/2020, p. 129 ss.

<sup>59</sup> G. FRANCESCHELLI, *op.cit.*, p.42.

<sup>60</sup> G. FRANCESCHELLI, *op.loc.cit.*

<sup>61</sup> G. FRANCESCHELLI, *op.cit.*, p. 43.

un apposito algoritmo. Da ultimo, l'immagine è stata stampata più e più volte tramite una stampante 3D, per far sì che la stratificazione conferisse al dipinto finale una particolare texture.

Il risultato ottenuto della collaborazione tra realtà aziendali e universitarie, che ha dato alla luce un'opera unica nel suo genere, è senz'altro eccezionale, ma non si può non riconoscere che *"The next Rembrandt"*, come qualsiasi opera nativa digitale, pone delle questioni sotto il profilo giuridico, quali la difficoltà di determinare l'autore dell'opera, titolare del diritto d'autore, nelle ipotesi in cui la creazione sia stata resa possibile dall'attività di un'intelligenza artificiale.

Guardando all'esempio specifico di *"The next Rembrandt"* (che può essere preso come modello per tutti i frutti della *cripto art*) gli sviluppatori non hanno fatto altro che progettare l'intelligenza artificiale in grado di analizzare i dipinti di Rembrandt e crearne uno digitale a sua immagine e somiglianza; Microsoft, definendo l'opera come "visualizzazione di dati in una nuova forma creativa e meravigliosa"<sup>62</sup>, considera integrato il requisito della creatività che caratterizza tutte le opere dell'ingegno. Non si pone alcuna perplessità sul fatto che un'opera creativa sia oggetto del diritto d'autore, ma risulta controversa la questione dell'attribuzione della titolarità dell'opera, per poter esercitare il richiamato diritto: in termini più riduttivi, la domanda è chi debba essere considerato l'autore dell'opera<sup>63</sup>.

Autorevole dottrina esclude che il programmatore, che ha scritto il codice del computer dandogli "le disposizioni necessarie per funzionare"<sup>64</sup> possa essere ritenuto l'autore, perché pur avendo fondato i presupposti per pervenire al risultato finale non è stato lui a realizzare l'opera<sup>65</sup>.

Sembra che nemmeno colui che ha fornito le indicazioni per permettere al computer di funzionare e giungere alla realizzazione dell'opera possa essere qualificato come autore<sup>66</sup>, poiché questo parametro non potrebbe applicarsi in modo eguale a tutte le artificial intelligencies, in ragione della maggiore autonomia che alcune hanno rispetto ad altre, fino ad arrivare ad alcune di esse così indipendenti nella presa di decisioni al punto, di non essere più in grado di identificare alcun soggetto fisico in grado di ricoprire tale ruolo.

---

<sup>62</sup> Cfr. <https://news.microsoft.com/europe/features/next-rembrandt/>

<sup>63</sup> Nonostante l'individuazione dell'opera nativa digitale sia particolarmente complessa, essa rimane a parere di tutti i giuristi un atto necessario: se l'opera fosse prima di autore e rimanesse dunque di pubblico dominio, si rischierebbe di scoraggiare investitori e finanziatori, per cui è pur sempre necessario identificare un soggetto designato a raccogliere i proventi: v. G. FRANCESCHELLI, *op.cit.*, p.45.

<sup>64</sup> G. FRANCESCHELLI, *op.cit.*, p. 67.

<sup>65</sup> Diversamente si andrebbe a creare un contrasto con i principi del diritto d'autore: v. H. M. BØHLER, *Eu copyright protection of works created by artificial intelligence systems*, The University of Bergen, 2017, p.30.

<sup>66</sup> G. FRANCESCHELLI, *op.cit.*, p.68.



Alla luce di quanto appena affermato l' unico soggetto che appare compatibile con il ruolo di autore dell' opera sembra l' utilizzatore<sup>67</sup>: infatti, a prescindere da quanto sia indipendente l' intelligenza artificiale presa in considerazione di volta in volta, c' è sempre un utilizzatore, colui che preme il comando necessario per raggiungere il risultato finale, e che probabilmente sarà anche il proprietario del computer o, comunque, il titolare di una regolare licenza d' uso.

Quest' ultima sarà con ogni probabilità la soluzione che verrà adottata anche dal legislatore europeo, nonostante al momento non si possa dire con certezza, data l' assenza di una normativa ad hoc.

Stante quanto sinora analizzato, appare manifesto come la crypto art ponga molti quesiti giuridici, di difficile risoluzione data “la nazionalità del diritto, contrapposta al carattere universale della tecnologia”<sup>68</sup>. A questo riguardo l' unico a poter trovare una soluzione uniforme è esclusivamente il legislatore, del quale si auspica un intervento uniformante che effettui un “contemperamento di interessi tra l' esigenza di un rapido adeguamento delle leggi all' evoluzione tecnologica e l' esigenza della loro necessaria certezza e stabilità, a tutela di tutti i soggetti coinvolti”<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> G. FRANCESCHELLI, *op.cit.*, p. 69.

<sup>68</sup> C. CEVENINI, *op.cit.* p. 1.

<sup>69</sup> C. CEVENINI, *op.loc.cit.*

## Dalla ‘*platform economy*’ alla ‘*clout economy*’ . La discussa natura giuridica degli NFTs\*

ARIANNA ALPINI

Professoressa associata di diritto privato dell’ Università degli Studi di Macerata

Il presente saggio si sofferma sulla natura giuridica dei non fungible tokens e sulle soluzioni adottate dalla giurisprudenza delle Corti di diversi Paesi.

The paper focuses on NFTs’ juridical nature and on the judgments on this topic given by Courts from different Countries.

SOMMARIO: 1. Introduzione alle problematiche derivanti dalla *platform economy*. Il mercato dell’ arte: *cripto art*, *generative art* e *clout economy*. - 2. Creazione dei *tokens* e *Non Fungible Tokens* (NFTs). - 3. La natura degli NFTs: uno sguardo agli orientamenti della Corte del Regno Unito, di Singapore, della Nuova Zelanda e della Cina. - 4. L’ approccio europeo: Italia e Spagna. - 5. L’ NFT e l’ NFTed *art work*. Il *non fungible token* come meccanismo giuridico.

1. La ‘*platform economy*’ è la tendenza commerciale verso modelli di *business* su piattaforme digitali in grado di ospitare servizi rivolti ai consumatori, agli imprenditori e al pubblico in generale per condividere risorse, vendere ed acquistare prodotti.

La tecnologia blockchain<sup>1</sup> può supportare transazioni immutabili in modo disintermediato tra i vari utenti e l’ NFT è una applicazione di queste tecnologie<sup>2</sup>. Sulla piattaforma blockchain, la tokenizzazione è usata per trasformare i diritti su determinati beni in forma digitale. Al titolare del token appartiene un codice *hash* che rappresenta un token unico associato ad un *digital asset*. Le transazioni vengono eseguite attraverso *smart contract*, ovvero sequenze di codici informatici che eseguono automaticamente istruzioni prestabilite negli accordi commerciali. La maggior parte degli NFTs esistono sulla blockchain Ethereum, con record digitali permanenti di tutte le transazioni che utilizzano quella criptovaluta.

Queste tecnologie hanno ispirato la creazione della *cripto art* e della *generative art*<sup>3</sup>.

---

\* Questo articolo è la ricomposizione (con l’ aggiunta di note essenziali) della relazione svolta in occasione della presentazione della rivista “Rassegna della moda e delle arti” ([dirittomodaearti.it](http://dirittomodaearti.it)) il 17 dicembre 2022, Palazzo Valentini – Roma.

<sup>1</sup> E. DAMIANI, *Blockchain Application in General Private Law: the Notarchain Case*, in *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment*, a cura di A. Caligiuri, Napoli, 2021, p. 229.

<sup>2</sup> M.R. GARCIA TERUEL e H. SIMON-MORENO, *The digital tokenization of property rights. A comparative perspective*, in *Computer Law and Security Review*, 41, 2021, p. 4 ss.

<sup>3</sup> E. NIETO MCAVOY e J. KIDD, *Crypto art and questions of value: a review of emergent issues*, in [cdn2.assets-servd.host/creative-pec/production/assets/publications/Crypto-Art-and-Questions-of-Value-PEC-Discussion-Paper-November-2022.pdf](https://cdn2.assets-servd.host/creative-pec/production/assets/publications/Crypto-Art-and-Questions-of-Value-PEC-Discussion-Paper-November-2022.pdf); G. VULPIANI, *NFTs e crypto fashion: profili giuridici*, in [dirittomodaearti.it](http://dirittomodaearti.it), 1/2022, p. 47ss.

La *crypto art* si riferisce all'opera digitale pubblicata direttamente nella blockchain nella forma di un NFT, ovvero di un token in grado di registrare l'esistenza e la titolarità di un *digital asset* che opera attraverso uno *smart contract*. In altri termini, si tratta di opere d'arte digitali firmate con una valuta virtuale. Questa tecnologia ha realizzato il concetto di 'opera digitale originale': prima della *crypto art* era impossibile garantire l'originalità di una immagine jpeg dato che poteva essere facilmente duplicata online.

Il mercato della *crypto art* ha dato origine alla cd. '*clout economy*', una economia dove ciò che conta è il prestigio che può essere vantato dal proprietario di un token che certifica l'unicità dell'opera collegata. Con la conseguenza che il copyright, riconoscendo agli autori il diritto di esclusiva sulla riproduzione dei lavori creati, proprio per realizzare scarsità artificiale, sarebbe diventato, secondo parte della dottrina, uno strumento obsoleto<sup>4</sup>. Il mercato dell'arte digitale non avrebbe bisogno del *copyright* perché ha creato la scarsità attraverso l'autenticità.

Il sistema autorale è messo in crisi anche dalla *generative art*<sup>5</sup> che riguarda l'arte generata completamente o prevalentemente da algoritmi senza il diretto controllo umano<sup>6</sup>. Tale evoluzione tecnologica entra in conflitto con il sistema antropocentrico autorale. Il problema è come ricondurre la creazione artistica all'uomo, dal momento che sono proprio gli stessi artisti a non riconoscersi autori.

Tuttavia, i cambiamenti provocati dalle nuove tecnologie offrono diversi vantaggi. Risolvono il problema cronico della riproduzione dilagante non autorizzata di opere d'arte<sup>7</sup>. L'NFT consente all'autore di avere il controllo esclusivo delle opere memorizzate nella blockchain con una chiave privata creando la *digital scarcity*. Le transazioni avvengono in una struttura di potere più decentrata che favorisce operazioni dirette tra il titolare del diritto e il consumatore, senza coinvolgere intermediari come gallerie e curatori. Anche l'investimento in opere d'arte risulta più democratico: da un lato si può investire anche una frazione del NFT e dall'altro l'opera può essere accessibile anche dai cellulari senza bisogno di spazio di archiviazione o di attrezzature speciali. Le transazioni di *NFTed artwork* incrementano la liquidità e consentono una maggiore trasparenza dei dati: ogni transazione è tracciata e l'NFT e la blockchain contengono la prova della proprietà attuale e passata. Le transazioni blockchain sono spesso completate in millisecondi agevolando i tempi di pagamento degli artisti.

---

<sup>4</sup> B.L. FRYE, After Copyright: Pwning NFTs in a Clout Economy, in Columbia Journal of Law & the Arts, 2022, p. 341 ss.

<sup>5</sup> M.D. MURRAY, *Generative and AI Authored Artworks and Copyright Law*, 1° dicembre 2022, in *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 45, 1, 2023, reperibile in [ssrn.com/abstract=4152484](https://ssrn.com/abstract=4152484) o [dx.doi.org/10.2139/ssrn.4152484](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4152484).

<sup>6</sup> T.W. DORNIS, Artificial Intelligence and Innovation: the end of Patent Law as we Know it, in *Yale Journal of Law & Technology* (23), 2020, p. 99 ss.

<sup>7</sup> G. FREZZA, *Blockchain, autenticazioni e arte contemporanea*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2/2020, p. 491 ss.

Tuttavia, quando si acquista un'opera d'arte non si acquistano automaticamente i diritti di copyright che, invece, potrebbero essere trasferiti separatamente. La proprietà di un'opera fisica non implica il diritto di mostrare l'opera in un luogo pubblico, di riproduzione e di chiedere royalties per il suo uso.

Si che occorre individuare l'estensione dei diritti del titolare del 'Non Fungible Token'. Il dibattito si è, dunque, incentrato sulla natura giuridica degli NFTs.

2. Un NFT è un pezzo di artefatto digitale che rappresenta la titolarità di un valore del mondo reale. Anche se gli NFTs possono operare come una criptovaluta<sup>8</sup>, *bitcoin* e NFT hanno una natura diversa: il primo è interscambiabile e indistinguibile, diventando "fungible token", l'NFTs è, invece, "non fungible" perché i dati associati hanno un unico "hash value", un unico e riproducibile valore alfanumerico da uno specifico set di dati derivati dall'opera.

Ci sono differenti tipi di tokens. Per esempio, usando il protocollo ERC 20 si possono creare *fungible tokens*; usando il Protocollo ERC 721 si possono creare *non fungible tokens*; usando il Protocollo ERC 1238 si possono creare *tokens* non trasferibili come titoli o *badges*.

Esistono tre modi per creare tokens. Il primo metodo è attraverso un "Initial Coin Offering" (ICO). Questo è un metodo di raccolta di capitali per nuove iniziative<sup>10</sup>. I tokens possono essere scambiati con prodotti e servizi futuri o conferire ai titolari il diritto a una quota degli utili futuri. I tokens sono lanciati ed usati per lanciare nuovi prodotti e servizi.

Il secondo metodo è "mining" ovvero l'estrazione: un gruppo di individui competenti risolvono complessi problemi matematici e il primo che risolve l'equazione e convalida l'operazione in un blocco vince un premio. Dopo l'estrazione i tokens possono essere "minted" cioè pubblicati sulla *blockchain* e resi disponibili per l'acquisto<sup>11</sup>. Questo procedimento può essere realizzato su piattaforme come OpenSea che consentono di estrarre tokens sulla *blockchain* Ethereum impostando un "crypto wallet", di caricare un lavoro e creare una collezione.

Il terzo metodo per creare tokens è attraverso la "tokenisation", collegando o incorporando il bene e i diritti derivati ai *tokens* creati sulla *blockchain*. Il bene tokenizzato può essere quotato e venduto sui mercati di NFT.

---

<sup>8</sup> J. FAIRFIELD, *Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property* (April 6, 2021), in *Indiana Law Journal*, reperibile in [ssrn.com/abstract=3821102](https://ssrn.com/abstract=3821102).

<sup>9</sup> S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 24 marzo 2009, in [bitcoin.org/bitcoin.pdf](https://bitcoin.org/bitcoin.pdf).

<sup>10</sup> A. DELIVORIAS, *Understanding Initial Coin Offerings*. *European Parliamentary Research Services*, Novembre 2022, in [europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696167/EPRS\\_BRI\(2021\)696169\\_EN.pdf](https://europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696167/EPRS_BRI(2021)696169_EN.pdf).

<sup>11</sup> J. CRAIG, *Crypto Minting vs Mining: What's the Difference?*, 6 Novembre 2022, in [phemex.com/blogs/crypto-minting-vs-crypto-mining](https://phemex.com/blogs/crypto-minting-vs-crypto-mining).

Gli NFTs sono “*minted*” così che l’ arte digitale diventa una parte della *blockchain*, un registro pubblico che è immutabile e a prova di manomissione (*tamper-proof*).

3. L’ Alta Corte del Regno Unito<sup>12</sup>, l’ Alta Corte di Singapore<sup>13</sup> e della Nuova Zelanda<sup>14</sup> hanno riconosciuto i bitcoins e gli altri *cripto assets* come *property*, non tanto come cosa quanto soprattutto come attività e valore che da essa scaturisce. Allo stesso modo anche gli NFTs sono *properties*, non mere informazioni ma dati inseriti in un codice, conservati sulla blockchain che provvedono a dare delle istruzioni al computer in modo che il titolare del NFT abbia un esclusivo controllo su ciò che è stato trasferito dal suo portafoglio ad un altro.

### *Regno Unito*

La questione se la criptovaluta possa essere una forma di proprietà è stata affrontata dall’ Alta Corte di Giustizia del Regno Unito in *AA v Persons Unknown*, del 2019<sup>15</sup>. Bryan J precisava che la principale difficoltà era provocata dal diritto inglese che considera tradizionalmente soltanto due tipi di *property*, “*choses in possession*” e “*choses in action*”. I *bitcoin* e le altre criptovalute non rientrando in nessuna delle due categorie non potevano essere classificati come una forma di *property*. Bryan J, tuttavia, ha ritenuto che fosse «fallace procedere sulla base del fatto che la legge inglese sulla proprietà non riconosce forme di proprietà diverse dalle “*choses in possession*” e dalle “*choses in action*”». In tal modo, ha fondato il ragionamento sulla Dichiarazione sui *cryptoasset* e *smart contracts* pubblicata dalla UK Jurisdiction Task Force. Quest’ ultima ha dimostrato la capacità del *common law* di estendere definizioni e concetti tradizionali per adattarsi alle nuove pratiche commerciali. La dichiarazione ha costituito la base per la conclusione di Bryan J secondo cui mentre un *asset* crittografico potrebbe non essere una *chose in action* secondo una definizione stretta del termine, potrebbe comunque essere considerata *property*.

---

<sup>12</sup> *Vorotyntseva v Money-4 Ltd* [2018] EWHC 2596 (Ch) at [13]; *Shair.Com Global Digital Services Ltd v Arnold* 2018 BCSC 1512 at [15]; *AA v Persons Unknown* [2019] EWHC 3556 (Comm); *Ion Science Ltd v Persons Unknown* (unreported EWHC(Ch), 21 December 2020, Butcher J) at [11]; *Fetch.AI Ltd v Persons Unknown Category A* [2021] EWHC 2254 (Comm) at [9]; *Mr Dollar Bill Ltd v Persons Unknown* [2021] EWHC 2718 (Ch) at [10]; *Wang v Darby* [2021] EWHC 3054 (Comm) at [55]; *Danisz v Persons Unknown* [2022] EWHC 280 (QB) at [13].

<sup>13</sup> *B2C2 Ltd v Quione Pte Ltd* [2019] SGHC(I) 03, [2019] 4 SLR 17 at [142], but the issue was left open on appeal: [2020] SGCA(I) 02, [2020] 2 SLR 20 at [144]. See now, however, *CLM v CLN* [2022] SGHC 46 at [46].

<sup>14</sup> *Ruscoe v Cryptopia Ltd (in Liq)* [2020] NZHC 728, [2020] 2 NZLR 809.

<sup>15</sup> *The High Court of Justice Business & Property, Courts of England and Wales Commercial Court (QBD)*, [2019] EWHC 3556 (Comm), Caso n. CL-2019-000746

I *cryptoasset*, come i bitcoin, sono riconosciuti oggetto di proprietà, dato che possono soddisfare i quattro criteri stabiliti nel caso "Ainsworth" - vale a dire «definibile, identificabile da terzi, capace per sua natura di assunzione da parte di terzi, e di avere un certo grado di permanenza o stabilità»<sup>16</sup>.

L'Alta Corte del Regno Unito ha stabilito che gli NFTs sono beni oggetto di proprietà, e quindi le vittime di furto possono avere i beni rubati congelati attraverso ingiunzioni del tribunale. Questa pronuncia è stata avvalorata dall'analisi della Law Commission nel "*Consultation Paper on Digital Assets*", pubblicato il 28 luglio 2022 (paragrafo 19.51), in base al quale le vittime di frodi di criptovalute avrebbero un mezzo di azione diretta contro gli amministratori fiduciari.

### *Singapore*

La Corte di Singapore<sup>17</sup> ha osservato che, sebbene gli NFTs siano stati caratterizzati come certificati di proprietà «alimentati da contratti intelligenti e protetti da tecnologia blockchain»<sup>18</sup>, essi rappresentano una «proprietà di un certificato digitale di autenticità dell'arte digitale comunemente disponibile»<sup>19</sup>. Tuttavia, la Corte non ha aderito all'approccio che considera gli NFTs meri certificati, argomentando che essi sono non soltanto semplici informazioni, ma anche e soprattutto dati codificati e memorizzati in modo sicuro sul registro blockchain. Gli NFTs forniscono istruzioni al computer attraverso un sistema grazie al quale il "proprietario" dell' NFT ha il controllo esclusivo sul trasferimento dello stesso dal suo portafoglio a qualsiasi altro.

Lee Seiu Kin J ha adottato il test di "Ainsworth" e ha confermato che un NFT essendo dotato di metadati unici è definibile, fornisce istruzioni al computer attraverso un sistema in cui il titolare dell' NFT ha il controllo esclusivo sul suo trasferimento. L' NFT con le sue chiavi private è un bene, il proprietario del quale è in grado di essere riconosciuto come tale dai terzi. La natura della tecnologia blockchain dà al proprietario il potere esclusivo di trasferire il NFT sottolineando il "diritto del proprietario". Infine, un NFT ha un grado rilevante di permanenza e stabilità come denaro nei conti bancari che, al giorno d'oggi, esistono principalmente sotto forma di voci di bilancio.

In sintesi, la prima decisione del tribunale di Singapore sugli NFTs respinge l'analogia tra un atto di proprietà e un certificato di proprietà. La Corte applica i criteri di Ainsworth e sostiene che l' NFT è *property*.

---

<sup>16</sup> National Provincial Bank Ltd v Ainsworth [1965] AC 1175.

<sup>17</sup> Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person [2022] SGHC 264.

<sup>18</sup> Pinar Caglayan Aksoy e Zehra Ozkan Under, NFT e copyright: challenges and opportunities, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, 16,10, p. 1115 ss.

<sup>19</sup> K.F.K. LOW e M. HARA, *Cryptoassets and Property*, 8 maggio 2022, Sief van Erp & Katja Zimmermann (eds), Edward Elgar Research Handbook on EU Property Law, reperibile in [ssrn.com/abstract=4103870](https://ssrn.com/abstract=4103870) o in [dx.doi.org/10.2139/ssrn.4103870](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4103870).

*Cina*

La prima sentenza del tribunale cinese<sup>20</sup> ha ritenuto una piattaforma di negoziazione NFT responsabile per violazione del copyright per una riproduzione non autorizzata di un' opera NFTed caricata dal suo utente<sup>21</sup>. La Corte sostiene che i metadati rappresentano esclusivamente e unicamente una copia di un' opera d' arte. È identificabile da terzi e mantiene la scarsità dell' opera in forma digitale. Pertanto, un' opera NFTed è una “merce digitale”, e le copie NFTed dell' opera sono beni digitali. Il commercio di tale opera è essenzialmente un trasferimento di proprietà della copia in corso di acquisizione e caricamento. L' acquisto dei diritti di proprietà su tale copia non comprende la licenza per l' uso né un trasferimento dei relativi diritti di proprietà intellettuale (a meno che il contratto di vendita non disponga diversamente).

Nell' ulteriore analisi sulla violazione del copyright, il tribunale cinese distingue l' opera NFTed da un oggetto fisico. Il diritto di distribuzione non è applicabile - nel caso specifico - perché attiene soltanto alla distribuzione di oggetti fisici. Il legittimo titolare di un NFT dovrebbe essere non la persona che possiede una copia del sottostante lavoro, ma la persona che possiede il copyright od ottiene una licenza sull' opera. Quindi, il caricamento dell' opera NFTed viola – da parte delle reti di informazione - il diritto di diffusione del lavoro.

4. In Italia, come nella maggior parte dei Paesi europei - salvo i sistemi giuridici che limitano il concetto di bene alle cose materiali come la Germania e la Svizzera -, i tokens sono stati riconosciuti come “digital assets” e ricondotti all' art 810 c.c. Comunque, la proposta del Parlamento europeo e del Consiglio “Markets in Crypto Assets” (MiCA) del 24 settembre 2020 non determina la natura legale, gli effetti né l' ammissibilità dell' utilizzo degli asset-backed tokens per trasferire la proprietà. La Corte italiana ha adottato un approccio funzionale per la qualificazione della natura giuridica delle criptovalute che può essere applicato anche ai “*non fungible tokens*”. La qualificazione giuridica dei bitcoins dipende dallo scopo dell' utilizzo e dalle utilità prodotte. Se, dunque, una criptovaluta è usata per finalità speculative, rivelate dall' aspettativa di un profitto e dal rischio direttamente legato all' uso del capitale, essa sarà considerata un prodotto finanziario<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Hangzhou Internet Court, No. (2022) Zhe 0192 MinChu 1008 Hao.

<sup>21</sup> [taylorwessing.com/-/media/taylorwessing/files/germany/2022/06/mv-nl\\_04-2022\\_first-nft-decision-in-china\\_urteil--internet-court-hangzhou\\_final\\_neu\\_pdfa.pdf](https://taylorwessing.com/-/media/taylorwessing/files/germany/2022/06/mv-nl_04-2022_first-nft-decision-in-china_urteil--internet-court-hangzhou_final_neu_pdfa.pdf).

<sup>22</sup> Cass., sez. pen., 30 novembre 2021, n. 44337 e 22 novembre 2022, n. 44378, reperibili rispettivamente in [iusininitere.it/bitcoin-il-sito-internet-e-sequestrabile-se-linvestimento-non-e-conforme-al-t-u-f-40675](https://iusininitere.it/bitcoin-il-sito-internet-e-sequestrabile-se-linvestimento-non-e-conforme-al-t-u-f-40675) e in

Anche per questa versatilità, l' NFT è uno strumento digitale che non trova una propria collocazione e definizione giuridica chiara. Si va infatti da chi lo definisce un bene digitale non intercambiabile, come una fotografia, una canzone o un video, la cui proprietà è stata autenticata e archiviata in un database chiamato blockchain e che può essere raccolto, venduto e scambiato su varie piattaforme online, a chi lo considera come un certificato digitale unico, registrato in una blockchain, utilizzato come mezzo per registrare la proprietà di un oggetto, come un' opera d' arte digitale o un oggetto da collezione<sup>23</sup>.

### *Italia*

Il Tribunale di Roma, con ordinanza cautelare del 20 luglio 2022, è il primo Giudice a livello europeo a disporre un ordine di inibitoria dalla creazione e commercializzazione di Non-Fungible Token in violazione di marchi registrati, oltre che di ritiro dal commercio e rimozione degli stessi da ogni sito Internet<sup>24</sup>.

La società calcistica Juventus Football Club S.p.A. conveniva avanti alla Sezione Specializzata del Tribunale di Roma una società produttrice di NFT associati a figurine collezionabili interamente digitali, e quindi ad immagini di un noto calciatore riprodotto in un' azione di gioco con la divisa della squadra, in cui erano visibili i marchi registrati della ricorrente, utilizzati anche negli annunci di vendita sulla piattaforma online scelta per il lancio delle stesse.

Il Tribunale conferma che non occorre considerare se la Juventus abbia registrato i propri segni distintivi anche in relazione a “oggetti digitali” o “oggetti digitali certificati da NFT”, ma ritiene che una registrazione del marchio in classe 9, per prodotti “inerenti anche a pubblicazioni elettroniche scaricabili”, sia sufficiente ad includere anche i contenuti digitali. Con la conseguenza che la classe 9 risulta idonea alla registrazione di marchi utilizzati per contraddistinguere certe tipologie di “beni digitali”.

La decisione chiarisce che l' autorizzazione all' utilizzo della propria immagine, tramite la creazione di cards che riproducevano il giocatore con le diverse maglie delle squadre in cui ha giocato, non esclude la necessità di chiedere l' autorizzazione per l' utilizzo dei marchi registrati inerenti le squadre delle quali sono riprodotte le maglie e la denominazione, in quanto si tratta di beni destinati alla vendita commerciale, in relazione alla quale anche la fama delle diverse squadre in cui il calciatore ha giocato contribuisce a

---

[ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/bitcoin-offerta-monete-digitali-e-sottoposta-tuf-AEtGUGJC?refresh\\_ce=1](https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/bitcoin-offerta-monete-digitali-e-sottoposta-tuf-AEtGUGJC?refresh_ce=1).

<sup>23</sup> EUIPO Draft Guidelines 2023 edition, in [euipo.europa.eu/ohimportal/nl/draft-guidelines](https://euipo.europa.eu/ohimportal/nl/draft-guidelines) 2023.

<sup>24</sup> Tribunale di Roma, 17<sup>a</sup> sez. imprese civ., ord. 20 luglio 2022, in [altalex.com/documents/2022/11/07/juventus-ottiene-prima-inibitoria-creazione-nft-violazione-proprio-marchi](https://altalex.com/documents/2022/11/07/juventus-ottiene-prima-inibitoria-creazione-nft-violazione-proprio-marchi).



dare valore all'immagine digitale da acquistare.

Ciò conferma non soltanto che il disposto dell' art. 97 della Legge sul Diritto d' Autore, relativo agli usi consentiti del diritto all'immagine di una persona, non si estende anche all'uso dei marchi eventualmente rappresentati nella medesima immagine, ma anche che la creazione di NFTs – che sono “beni destinati alla vendita commerciale”, – necessita di una specifica autorizzazione da parte del titolare del marchio, senza la quale si configura una violazione a sé stante e distinta dalla violazione costituita dall'uso del marchio nelle immagini digitali associate al NFT.

Emerge così la doppia faccia degli NFTs, come certificato e come contenuto, evidente nello stesso ordine cautelare che dispone l' inibitoria dalla “produzione, commercializzazione, promozione e offerta in vendita, diretta e/o indiretta, in qualsivoglia modo e forma”, da un lato degli NFTs e, dall'altro, dei contenuti digitali.

La questione evoca il principale tema controverso nelle cause statunitensi che coinvolgono la *maison* Hermes nei confronti dell'artista Mason Rothschild e Nike nei confronti del mercato secondario StockX.

In quest'ultimo caso, in particolare, il giudice dovrà decidere se la creazione di un NFT possa avere un valore intrinseco tale da superare il fatto che esso costituisca un certificato digitale di proprietà del bene ad esso associato; bene che, ipoteticamente, potrebbe anche essere in sé legittimo.

### *Spagna*

Il Tribunale di Barcellona, ha pronunciato una delle prime sentenze che si occupano della relazione tra proprietà intellettuale, NFT e Metaverso<sup>25</sup>. La sentenza coinvolge la catena di abbigliamento Mango e la società collettiva spagnola per gli artisti VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos). Nel marzo 2022, Mango ha annunciato che avrebbe esposto una serie di opere uniche dell'artista Farkas in un museo virtuale situato nel sito Web3 Decentraland. La collezione è stata pensata per reinterpretare diverse opere d'arte, tra cui *Oiseau Volant vers le soleil* e *Tête et oiseau* di Miró, *Ulls i Creu* e *Esgrafiats* di Antoni Tàpies, e *Dilatazione* di Miquel Barceló. Tutte le opere sono ancora sotto copyright e sono di artisti spagnoli. Il VEGAP ha citato in giudizio Mango per violazione del copyright, sostenendo che la visualizzazione e la trasformazione delle opere in NFT viola i diritti esclusivi di divulgazione, di comunicazione al pubblico, di riproduzione e adattamento.

---

<sup>25</sup> AJM B 1900/2022 - ECLI:ES:JMB:2022:1900, in [diariojudicial.com/public/documentos/000/105/865/000105865.pdf](https://diariojudicial.com/public/documentos/000/105/865/000105865.pdf).

D' altra parte Mango, che possiede le copie fisiche di tutte le opere, sostiene che la digitalizzazione delle opere e gli adattamenti delle stesse non violano i diritti esclusivi dell' autore perché costituiscono un "uso innocuo" che non incide in modo significativo sui diritti degli autori. Secondo questa prospettiva le opere non sono state riprodotte ma soltanto re-immaginate e gli NFTs non sono riproduzioni di quelle, bensì sono beni digitali non ancora conati, che possono essere visualizzati solo utilizzando una piattaforma NFT.

In effetti gli NFTs non sono in possesso di Mango, ma esistono solo come un elenco in OpenSea.

La sentenza non elenca l' indirizzo dei NFTs, ma questi dovrebbero consistere in abiti e capi creati ispirandosi alle opere tutelate dal copyright. Anche se la collezione è in mostra in Decentraland, e in vendita sulla piattaforma OpenSea, i tokens sono stati de-elencati.

La Corte precisa che la cancellazione di un lavoro non equivale a distruggere i tokens, poiché i gettoni possono essere utilizzati durante il procedimento, essendo in custodia di OpenSea. Sì che la Corte ordina che il ricorrente fornisca un portafoglio in criptovaluta, con un deposito di 1.000 Euro che sarà utilizzato per mantenere la custodia degli NFTs. Il portafoglio sarà dato in custodia al tribunale per tutta la durata del procedimento e dunque l' ingiunzione comprende l' ordine a OpenSea di trasferire la custodia di tali gettoni da depositare nel portafoglio del ricorrente.

Il primo aspetto controverso che la sentenza porta alla luce è la portata dei diritti di Mango come proprietario delle opere d' arte fisiche. La proprietà di un' opera fisica non garantisce la proprietà del copyright. La Corte assume che il diritto di esporre pubblicamente le opere fisiche non dà il diritto di digitalizzare l' opera, visualizzarla e venderla come NFT.

La seconda questione che il tribunale dovrà analizzare è se l' adattamento di un' opera in questo modo violi il diritto d' autore.

Se il tribunale dovesse rispondere affermativamente, allora dovremmo ritenere che il conio di un NFT di un lavoro in violazione del copyright è di per sé una violazione, e quindi che la vendita e la visualizzazione di tale NFT è una comunicazione al pubblico.

Tuttavia, un NFT non è una rappresentazione digitale di un' opera; è un token che comprende un indirizzo in un blockchain, e potrebbe contenere altre informazioni come l' autore, il titolo, e soprattutto un link a una copia del lavoro. Il collegamento potrebbe anche non essere permanente ed essere interrotto. Inoltre, se il link è a un file IPFS, potrebbe essere difficile accedervi a meno che non si utilizza un browser speciale come Brave, che può leggere i collegamenti IPFS.

Da questa prospettiva è difficile ammettere che l' atto di coniazione sia protetto sotto i diritti esclusivi dell' autore.

5. Se tradizionalmente i sistemi di *civil law* e *common law* guardano alla proprietà in modo differente<sup>26</sup>, il quadro comparativo tratteggiato mostra una certa convergenza soprattutto sul versante rimediale, non senza incertezze sul crinale della dicotomia NFT/contenuto digitale<sup>27</sup>.

Se consideriamo l' NFT come un certificato e dunque colleghiamo il contenuto alla forma, possiamo affermare che l' NFT di per sé appare come una materia prima; collegato all' opera sottostante, diviene un NFTed work.

L' NFT è una registrazione di un' opera digitale ma anche qualcosa di più. Con il conio si crea un NFTed work che è una incorporazione dell' opera nella blockchain attraverso un codice identificativo. Alla creazione dell' opera digitale tokenizzata (ossia registrata blockchain con codice hash) consegue l' acquisto della proprietà da parte del titolare della registrazione. Anche se oggetto dell' acquisto non è un' opera del mondo fisico né una copia, coniare NFTed works può violare i diritti d' autore. Tale violazione dipende, però, dall' oggetto tokenizzato o meglio dalla esistenza di interessi già riconosciuti e tutelati sul bene o su una sua parte<sup>28</sup>. Pertanto, il diritto di tokenizzare un' opera tutelata dal copyright spetta al titolare dei diritti di copyright o a coloro che hanno l' autorizzazione del titolare; fuori da questa ipotesi, tale diritto spetta al proprietario dell' opera. Di conseguenza occorre distinguere l' NFT dall' NFTed art work. Il primo è un meccanismo di formazione della titolarità di un diritto di godimento e di disposizione su un opera digitale in capo a colui che registra il non fungible token e, dunque, è un meccanismo giuridico basato su un sistema informatico<sup>29</sup>. L' opera tokenizzata è il bene sul quale insiste la situazione giuridica digitalizzata dall' NFT.

---

<sup>26</sup> KELVIN F.K. LOW e MEGUMI HARA, *Cryptoassets and Property*, in [papers.ssrn.com](https://papers.ssrn.com) > SSRN\_ID4103870\_code1413313; E. CALZOLAIO, *La qualificazione del bitcoin: appunti di comparazione giuridica*, in *Danno e responsabilità*, 2021, p. 192 ss.

<sup>27</sup> E. BEHZADI, *The Fiction of NFTs and Copyright Infringement*, in [pennlawreview.com/2022/04/12/the-fiction-of-nfts-and-copyright-infringement](https://pennlawreview.com/2022/04/12/the-fiction-of-nfts-and-copyright-infringement).

<sup>28</sup> P. PERLINGIERI, *L' informazione come bene*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 329 ss.

<sup>29</sup> L. LESSIG, *Code is Law. On liberty in Cyberspace*, in [harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html](https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html).

## La digitalizzazione della bellezza\*

MARTA CENINI

Professoressa associata di diritto civile dell'Università degli Studi dell'Insubria.

I progetti in ambito europeo e italiano dedicati alla digitalizzazione del patrimonio e del materiale culturale offrono lo spunto per una riflessione sulla teoria dei beni e il diritto d'autore.

The European and Italian projects on the digitalization of cultural heritage offer the starting point for a reflection on the theory of goods and copyright.

SOMMARIO: 1. La digitalizzazione del patrimonio culturale. – 2. Digitalizzazione tra teoria dei beni e diritto d'autore. – Globalizzazione, digitalizzazione e identità culturale

1. Il titolo del contributo prende le mosse dalla serie di progetti in ambito sia europeo che italiano dedicati alla digitalizzazione del patrimonio e del materiale culturale.

Senza dubbio le iniziative sono molte ma vorrei ricordare brevemente qui che già più di 20 anni fa il Consiglio e poi la Commissione Europea avevano rilevato l'importanza della digitalizzazione e dell'accessibilità in rete del materiale culturale e la conservazione digitale dello stesso. Le istituzioni europee in particolare sottolineavano già all'epoca che tale processo appariva ineludibile dal momento che si era ormai in una "era digitale"; esso inoltre appariva già allora intrinsecamente democratico, in quanto consente a tutti di accedere alla cultura e alla conoscenza, promuovendo al contempo la ricchezza e la diversità del patrimonio culturale europeo<sup>1</sup>.

Queste declamazioni hanno poi portato nel 2008 al lancio della piattaforma digitale Europea per il patrimonio culturale europeo<sup>2</sup> mentre, più recentemente, l'Unione ha considerato anche il mondo delle

---

\* Lo scritto è l'elaborazione della relazione tenuta durante il Convegno del 15 ottobre 2021 a Roma ma è anche il frutto delle discussioni con i colleghi e i relatori del ciclo di incontri dottorali I Martedì dell'arte. Ringrazio in particolare la prof.ssa Barbara Pozzo, coordinatore del dottorato in Diritto e Scienze Umane dell'Università dell'Insubria che ospita il ciclo, i professori Andrea Spirti e Geo Magri con cui condivido la direzione scientifica degli incontri, e la prof.ssa Laura Facchin che mi ha dato preziosi spunti per arricchire il presente contributo.

<sup>1</sup> Conclusioni del Consiglio sulla digitalizzazione e sull'accessibilità online del materiale culturale e sulla conservazione digitale (GU C 297, 7.12.2006, pag. 1-5); Raccomandazione 2011/711/UE della Commissione del 27 ottobre 2011, sulla digitalizzazione e accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale (GU L 283, 29.10.2011, pag. 39-45) e Conclusioni del Consiglio del 10 maggio 2012 in merito alla digitalizzazione e accessibilità in rete del materiale culturale, nonché alla conservazione digitale dello stesso (GU C 169, 15.6.2012). Si vedano inoltre: Conclusioni del Consiglio del 10 maggio 2010 su Europea: le prossime tappe (GU C 137, 27.5.2010, pag. 19-21); Dichiarazione di cooperazione per la digitalizzazione del patrimonio culturale del 9 aprile 2019.

<sup>2</sup> <https://www.europeana.eu/it> Attualmente Europea dà accesso a 52 milioni di beni del patrimonio culturale, il 45% dei quali può essere riutilizzato in vari settori. Cfr. 17°, 18°, 19° e 20° Considerando della Raccomandazione (UE) 2021/1970 della Commissione del 10 novembre 2021.

imprese che ruotano intorno al settore dell'arte e della cultura, ove l'aspetto della digitalizzazione rimane centrale in particolare dal punto di vista dei nuovi beni e servizi che possono essere offerti<sup>3</sup>.

Questa spinta ha avuto una ulteriore accelerazione con la pandemia ed è assai significativo che il 10 novembre 2021 la Commissione Europea abbia emanato la Raccomandazione (UE) 2021/1970 relativa alla creazione di uno spazio comune europeo di dati per il patrimonio culturale.

Questa Raccomandazione si basa e sostituisce quella del 2011 sulla digitalizzazione e accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale e appare di notevole interesse, dal momento che da una parte, si prefigge come scopo quello di "aprire la strada ad uno spazio comune europeo di dati per il patrimonio culturale" (cd. "spazio di dati") al fine di aiutare gli istituti di tutela del patrimonio culturale ad accelerare i loro sforzi di digitalizzazione e conservazione e a cogliere le opportunità create dalla trasformazione digitale; dall'altra, traccia le linee guida per una strategia europea per la digitalizzazione avanzata e conservazione digitale del patrimonio culturale, fissando ambizioni obiettivi<sup>4</sup>.

Nei Considerando, la Commissione rileva innanzitutto, quasi dandolo per scontato, che il patrimonio culturale è un elemento chiave per costruire una identità europea fondata su valori comuni<sup>5</sup>. Ciò invece scontato non è e, come si illustrerà nel terzo paragrafo di questo contributo, l'utilizzo del patrimonio culturale come mezzo per costruire una identità nazionale e, ora, europea, è una "tecnica" già ampiamente sperimentata in passato - da ultimo nell'Ottocento durante le restaurazioni - ma è un'operazione tutt'altro che neutra.

La Commissione delinea le potenzialità dell'utilizzo del digitale nell'ambito dell'arte e della cultura e descrive alcune funzioni, le quali oggi sono rese possibili anche, se non soprattutto, dallo sviluppo di tecnologie digitali avanzate quali la tecnologia 3D, l'intelligenza artificiale, l'apprendimento automatico, il cloud computing, le tecnologie dei dati, la realtà virtuale e la realtà aumentata. Grazie all'utilizzo di queste tecnologie, infatti, è stato possibile, anche durante la pandemia, raggiungere un pubblico persino più ampio di quello che già si raggiungeva<sup>6</sup> e permettere esperienze più immersive, come l'accesso virtuale a

---

<sup>3</sup> L'Unione già da tempo considera anche le imprese culturali e creative (ICC) e a riguardo la Proposta di Risoluzione del Parlamento Europeo del 2016 prevedeva un capitolo espressamente dedicato alla digitalizzazione (v. 2016/2072(INI). [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0357\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0357_IT.html). Più recentemente, come vedremo nel prossimo capoverso, la Raccomandazione (UE) 2021/1970 della Commissione al 4° considerando afferma che "Il patrimonio culturale non solo un elemento chiave per costruire un'identità europea fondata su valori comuni ma apporta anche un'importante contributo all'economia europea, promuovendo l'innovazione, la creatività e la crescita economica. [...] Le industrie culturali e creative rappresentano il 3,95% (477 miliardi di EUR) del valore aggiunto dell'UE, danno lavoro a 8,02 milioni di persone e coinvolgono 1,2 milioni di imprese, per il 99,9% PMI".

<sup>4</sup> Si prevede che entro il 2030 gli Stati Membri dovrebbero digitalizzare in 3D tutti i monumenti e i siti del patrimonio culturale a rischio e il 50% dei monumenti, edifici, siti culturali e del patrimonio culturale più visitati fisicamente. Entro il 2025, gli Stati Membri dovrebbero digitalizzare il 40% degli obiettivi globali per il 2030.

<sup>5</sup> Cfr. 4° Considerando.

<sup>6</sup> Cfr. 3° Considerando.

luoghi normalmente inaccessibili o temporaneamente chiusi proprio a causa delle restrizioni<sup>7</sup>; è stato così possibile condividere le collezioni d'arte dei musei e altri luoghi della cultura e organizzare “visite guidate” all'interno degli stessi.

Le nuove tecnologie e la digitalizzazione in 3D con il massimo livello di dettaglio hanno poi una fondamentale funzione per la conservazione e il restauro del patrimonio culturale a rischio di deterioramento o distruzione e possono anche stimolare l'azione per il clima e sostenere la transizione verso un'economia UE più verde e più sostenibile<sup>8</sup>; ancora, è possibile utilizzare queste tecnologie ai fini dell'identificazione automatica di beni culturali oggetto di traffico illecito<sup>9</sup>.

E' significativo inoltre che la Raccomandazione fornisca una definizione di “beni del patrimonio culturale” innovativa, dal momento che vi si ricomprendono i beni del patrimonio culturale materiale, i beni del patrimonio culturale immateriale, i beni del patrimonio naturale e infine quelli del patrimonio “nato digitale”<sup>10</sup>. Come vedremo nel prossimo paragrafo, queste definizioni, seppur non vincolanti, contribuiscono in maniera significativa a ridefinire il concetto di “bene” e dunque anche, indirettamente, le categorie della civilistica italiana ed europea.

Sul versante italiano, il recente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), il quale come noto, è il piano nazionale in cui si descrivono i progetti per la ripresa e la ripartenza dopo la pandemia al fine di poter accedere ai fondi europei del Next Generation EU, dedica ampio spazio (e ampi investimenti) alla digitalizzazione delle imprese, comprese le imprese nel settore culturale e artistico, e del patrimonio artistico<sup>11</sup>. È significativo a riguardo che tali investimenti rappresentano le principali voci della sezione dedicata al “Patrimonio culturale per la prossima generazione”: è chiaro che il Governo, così come la stessa Unione Europea, puntino su sostenibilità e digitalizzazione al fine di attuare quella trasformazione radicale della società e dell'economia necessaria per superare le sfide che ha posto la pandemia e quelle del prossimo millennio.

---

<sup>7</sup> In futuro, l'utilizzo delle nuove tecnologie permetterà anche di realizzare obiettivi di inclusione con riferimento anche ad esempio alle persone con disabilità: cfr. 11° Considerando.

<sup>8</sup> Cfr. 9° Considerando. I beni del patrimonio culturale digitalizzati possono essere una fonte di conoscenze rilevanti sull'impatto climatici e sull'adattamento e la resilienza ai cambiamenti climatici.

<sup>9</sup> La Raccomandazione distingue nettamente il tema dell'accesso ai beni del patrimonio culturale da quello del “riutilizzo”: la riutilizzazione è possibile, ad esempio, per la creazione e l'offerta di servizi e prodotti innovativi e creativi in vari settori, compreso il turismo (cfr. 1° considerando) oppure per la tutela e conservazione del patrimonio culturale a rischio (cfr. 10° considerando).

<sup>10</sup> Cfr. Raccomandazione, Capo I, Definizioni, comma 3.

<sup>11</sup> Sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sulle disposizioni riguardante il patrimonio culturale, ci si permette di rimandare a M. CENINI, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza per la Cultura e lo Spettacolo: nuove opportunità (e occasioni perse) per le imprese culturali*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2021. La stessa Raccomandazione del 2021 puntualizza che per attuare la strategia sulla digitalizzazione del patrimonio culturale sono necessari ampi investimenti e risorse e tra queste ci sono anche quelle previste dal dispositivo per la ripresa e resilienza che ha permesso, a livello europeo, l'accesso ai fondi del Next Generation EU: cfr. 13° e 14° Considerando.

Il PNRR, tra i suoi obiettivi, si è posto anche quello di favorire la nascita di nuovi servizi culturali digitali e a creare un patrimonio digitale della cultura. Si promuoverà in particolare la digitalizzazione delle immagini delle opere d'arte ma anche di quanto custodito in archivi e biblioteche al fine di permettere un accesso universale al nostro immenso patrimonio artistico e culturale e di facilitarne la divulgazione. A questo riguardo è in progetto la creazione di una infrastruttura digitale nazionale e le risorse digitali saranno disponibili attraverso piattaforme dedicate<sup>12</sup>.

2. Come accennavo nel precedente paragrafo, queste iniziative europee e, a cascata italiane, stimolano a guardare il fenomeno da un punto di vista più ampio e a collegarlo a due tematiche che il diritto sta affrontando da molto tempo: una, più tecnica, legata alla teoria dei beni e l'altra, più recente, collegata alla globalizzazione. Quest'ultimo aspetto, in particolare, va letto alla luce di quanto si accennava prima con riguardo alla funzione del patrimonio culturale di creare una identità europea.

Con riguardo alla teoria dei beni sia ammesso ricordare che da ormai molto tempo si è abbandonata una teoria dei beni cd. "fiscalista" che fondava gli assunti e le riflessioni sulla corporalità dei beni e sulla loro materialità; da un certo numero di anni, infatti, la dottrina più attenta ha rilevato che i beni ai sensi dell'art. 810 c.c. non sono solo le cose materiali suscettibili di appropriazione ma anche gli oggetti non corporali<sup>13</sup> nonché i beni immateriali<sup>14</sup>.

Questo è forse ancora più vero proprio con riguardo ai beni culturali, ambito in cui già da almeno 20 anni si considera come oggetto di tutela anche il patrimonio culturale immateriale: si pensi in particolare alla Convenzione UNESCO del 2003 espressamente dedicata alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, ove per "patrimonio culturale immateriale" s'intendono le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale (cfr. articolo 1, comma 1, della Convenzione)<sup>15</sup>. Le definizioni

---

<sup>12</sup> Il PNRR inoltre sosterrà la creazione di nuovi contenuti culturali e lo sviluppo di servizi digitali ad alto valore aggiunto da parte di imprese culturali/creative e start-up innovative, con l'obiettivo finale di stimolare un'economia basata sulla circolazione della conoscenza.

<sup>13</sup> Si veda, per tutti, A. GAMBARO, *La proprietà, Beni, proprietà, possesso*, in Trattato Iudica – Zatti, Milano, Giuffrè, 2017, in particolare pp. 53 ss. E p. 57 secondo cui "In definitiva, sia l'interpretazione storica che quella sistematica sono convergenti nell'indicare che la nozione di bene di cui al libro terzo del codice civile diverge dalla nozione di cosa corporale perché un bene suscettibile di appartenenza può essere anche un oggetto non corporale"

<sup>14</sup> A. GAMBARO, *I beni*, in Trattato Cicu Messineo, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1 ss. e pp. 170-171. L'Autore a riguardo sottolinea che mentre è ormai superata la distinzione tra beni materiali e immateriali dal punto di vista della teoria generale, questa distinzione continua ad avere rilevanza in connessione con l'ammissibilità di concepire il possesso di beni non materiali. A riguardo infatti il possesso di diritti è considerato inammissibile nel nostro ordinamento.

<sup>15</sup> Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, Convenzione UNESCO siglata a Parigi il 17 ottobre 2003.

legislative anche nazionali di beni culturali accolgono ora plurimi riferimenti agli aspetti immateriali dei beni culturali: si pensi al celebre riferimento, contenuto nell'attuale Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, alle “testimonianze aventi valore di civiltà”<sup>16</sup>. La stessa Raccomandazione espressamente menziona, come si accennava supra, il patrimonio culturale immateriale, con questo intendendosi pratiche, rappresentazioni, espressioni, conoscenze, competenze - nonché strumenti, oggetti, artefatti e spazi culturali ad essi associati – che le comunità, i gruppi e, in alcuni casi, gli individui riconoscono come parte del loro patrimonio culturale ai sensi della Convenzione UNESCO sul patrimonio culturale immateriale.

Accanto a questo, l'immaterialità ora deve anche essere declinata nell' “era digitale” che stiamo vivendo. Durante il convegno che ha dato l'occasione per la raccolta di questi contributi, si è parlato, forse per la prima volta, di “beni culturali nativi digitali” per sottolineare che soprattutto in campo artistico le opere possono nascere già digitali ma sono sicuramente “beni”; d'altra parte, come già accennato, la stessa Raccomandazione menziona proprio il “patrimonio nato digitale”, con questo intendendosi i beni creati in forma digitale quali l'arte o l'animazione digitale, i musei virtuali, senza in equivalente analogico, o i contenuti culturali creati al di fuori degli istituti di tutela del patrimonio culturale, come i social media o l'industria dei videogame.

La riflessione della dottrina inoltre ha chiarito da tempo che sebbene le parole “bene” e “cosa” siano assai diffuse nel nostro codice civile, è anche vero che appare più proficuo ragionare in termini di utilità che le cose generano e in termini di interessi (umani) che queste cose mirano a soddisfare<sup>17</sup>. Se i “beni” in questione sono anche “beni culturali” il tema è ancora più complesso dal momento che, come altrettanto ampiamente noto, sul bene culturale si appuntano una serie di interessi, pubblici e privati, a volte anche confliggenti<sup>18</sup>. Tra questi vi è senza dubbio l'interesse della collettività alla fruizione di tali

<sup>16</sup> Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, dove l'Art. 2 recita: Patrimonio culturale. 1. Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. 2. Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà. 3. Sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge. 4. I beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla fruizione della collettività, compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela”. Questa espressione era già presente durante i lavori della Commissione Franceschini istituita con l. 26 aprile 1964, n. 310 con lo scopo di analizzare la legislazione in materia di tutela del patrimonio culturale. La dichiarazione n. 1, infatti, afferma che “appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà”.

<sup>17</sup> A. GAMBARO, *I Beni*, in Trattato Cicu-Messineo, p. 11; ID., *La proprietà*, in Trattato Iudica – Zatti, p. 90.

<sup>18</sup> La proprietà del bene culturale è una proprietà conformata dal legislatore al fine di tutelare una molteplicità di interessi, pubblici e privati. Tali interessi spaziano dall'interesse del proprietario alla fruizione del proprio bene all'interesse della collettività all'accesso ai medesimi beni; dall'interesse attuale alla fruizione e valorizzazione dei beni all'interesse delle generazioni future; fino all'interesse dell'autore dell'opera d'arte, il quale vanta un diritto temporaneo allo sfruttamento delle sue opere nonché un diritto alla valorizzazione e conservazione della propria opera.



beni e alla diffusione della loro conoscenza, nonché alla loro accessibilità (anche se sono di appartenenza privata).

Le iniziative sulla digitalizzazione pertanto confermano, e per certi versi avvalorano, la conclusione che per tutti i beni, e in particolare per i beni culturali, la materialità è una delle possibili componenti e le utilità che derivano dal possesso materiale sono una delle variegata utilità che si possono trarre dai beni, ma non sicuramente le uniche e forse nemmeno le più importanti.

Anche in un'ottica di sostenibilità, parola tanto in voga in questo periodo e richiamata nella stessa Raccomandazione, ragionare in termini di fruizione digitale e di godimento invece che di possesso, proprietà e appropriazione forse può essere la carta vincente<sup>19</sup>. Vale dunque la pena lasciare sullo sfondo il tema dell'appartenenza e dunque della proprietà, pubblica o privata che sia, per concentrarsi invece sull'individuazione di nuove utilità che si possono trarre dai beni e di nuove e differenziate forme di godimento di tali beni.

D'altra parte, non si può non collegare il tema della fruizione, anche digitale, dei beni e il tema della condivisione della conoscenza e del sempre più ampio accesso alle informazioni, alle immagini e a tutto quello che di materiale e immateriale ruota intorno all'opera, con quello della tutela dei diritti degli autori che hanno creato quei beni o le riproduzioni di quei beni (si pensi alle riproduzioni fotografiche delle opere d'arte o dei monumenti, che già di per sé possono ambire ad una tutela autoriale).

Come la stessa Raccomandazione<sup>20</sup> ricorda, una risposta è stata data dalla recente direttiva copyright<sup>21</sup> che prevede tra le "eccezioni" al diritto d'autore proprio le riproduzioni e utilizzi collegati alla conservazione del patrimonio culturale e artistico. La direttiva in particolare permette la digitalizzazione e la diffusione delle opere fuori commercio che gli istituti di tutela conservano nelle loro raccolte; è permesso inoltre in certe ipotesi realizzare copie ai fini di conservazione e per l'estrazione di testo e di dati ai fini di ricerca scientifica (si vedano gli articoli 6, 8 e 14).

Sicuramente anche in questo caso il civilista deve avere un approccio interdisciplinare e affrontare il tema anche dal punto di vista del diritto della proprietà intellettuale, oltre che dal punto di vista storico e europeo; sempre però considerando il bene culturale e artistico come un "bene", seppur immateriale, e forse anche un bene ontologicamente diverso.

---

<sup>19</sup> La stessa Raccomandazione, al 9° considerando, sottolinea che le tecnologie e la digitalizzazione possono essere uno strumento per sostenere la transizione verso un'economia UE più verde e più sostenibile, come stabilito nel Green Deal europeo.

<sup>20</sup> Si veda il 16° Considerando.

<sup>21</sup> Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE. Si vedano in particolare gli art. 6, Conservazione del patrimonio culturale; l'art. 8, Utilizzo di opere fuori commercio e di altri materiali da parte di istituti di tutela del patrimonio culturale; l'art. 14, Opere delle arti visive di dominio pubblico.

3. La digitalizzazione di cui stiamo discorrendo è il frutto della globalizzazione e per certi versi anche ciò che la alimenta. Per quanto riguarda la cultura e la conoscenza, infatti, attraverso la digitalizzazione è possibile rendere accessibile e fruibile ad enorme distanza di spazio materiali e dati che altrimenti rimarrebbero inaccessibili e in questo modo collegare “mondi” che altrimenti rimarrebbero isolati e sconosciuti<sup>22</sup>. D'altra parte, già all'epoca della Convenzione UNESCO del 2003, si paventava che i processi di globalizzazione possono anche creare pericoli di deterioramento, scomparsa e distruzione del patrimonio culturale immateriale proprio perché globalizzazione può anche significare cancellazione delle diversità e imposizione di un unico paradigma.

In questo contesto, è assai significativo che gli stessi progetti di digitalizzazione, come emerge dai documenti europei che li patrocinano, abbiano anche la funzione di creare una “identità culturale europea”, identità basata proprio sull'integrazione dei patrimoni culturali.

La stessa Raccomandazione (UE) 2021/1970, nel 4° considerando, espressamente afferma che “il patrimonio culturale ... è ... un elemento chiave per costruire una identità europea fondata su valori comuni” e lo stesso Consiglio, già nel 2012, aveva sottolineato come “la digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali degli Stati membri e la loro conservazione digitale a lungo termine sono essenziali per consentire a tutti l'accesso alla cultura e alla conoscenza nell'era digitale e per promuovere la ricchezza e la diversità del patrimonio culturale europeo”.

La creazione di una identità nazionale attraverso la cultura e il patrimonio culturale e artistico è del resto una “tecnica” ampiamente sperimentata in varie epoche storiche e da ultimo durante le rivoluzioni settecentesche e le conseguenti restaurazioni: si pensi ad esempio a quanto ha fatto Napoleone per “costruire” l'identità nazionale francese - costruzione che si è attuata anche attraverso la spoliazione dei patrimoni artistici italiani<sup>23</sup> e, come si dirà, attraverso progetti per lo più scultorei – ed a quanto attuato

---

<sup>22</sup> La letteratura in tema di globalizzazione è oramai immensa e non è possibile darne conto in questa sede. Per uno sguardo ad ampio raggio, si ci permette di ricordare solamente gli scritti di Ulrich Bech: in particolare U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, ed. it. 2009 (1° edizione originale 1997); ID., *La crisi dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2012. Anche il tema della globalizzazione e dei suoi rapporti con il diritto è oggetto di feconda letteratura. Si vedano in particolare: M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2009; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; F. GALGANO, *Il diritto nello specchio della globalizzazione*, Bologna, 2006; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2010; P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quad. fior.*, 2000, pp. 551; ID., *Pagina introduttiva*, in *Quad. fior.*, 2000; ID., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c. 151 ss.; D. DI MICCO, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico-comparante all'analisi del fenomeno globale*, Giuffrè, 2018. Con riferimento alla pandemia e per ulteriore bibliografia ci si permette di rimandare a M. CENINI, *Sopravvenienze, globalizzazione, sostenibilità: riflessioni a margine di due scritti di Giuseppe Vettori*, in *Persona e Mercato*, 2021.

<sup>23</sup> Per “spoliazioni napoleoniche” si intende la serie di sottrazione di opere d'arte attuate dall'esercito francese in Italia, Spagna, Portogallo, Paesi Bassi, Belgio e altri stati dell'Europa centrale in un periodo che va dal 1797 fino al Congresso di Vienna nel 1815. Per una analisi del ruolo identitario delle requisizioni si veda: D. Mengozzi, *Bellezza e coscienza nazionale dalle requisizioni napoleoniche al “furto” della Gioconda*, in *La nazione allo specchio: il bene culturale nell'Italia unita, 1861-2011*, a cura di Andrea Ragusa, Manduria, Lacaita, 2012, pp. 121-153. Ringrazio la prof.ssa Laura Facchin per la segnalazione del volume.

da Ludwig I di Baviera il quale aveva anche la necessità di aggregare popoli e territori assai eterogenei, così come avviene oggi nel contesto europeo.

Durante la Rivoluzione francese, infatti, a fronte dell'impeto dei rivoluzionari che, se non fosse stato fermato, avrebbe portato alla distruzione di preziosi beni culturali simboli del passato (i celebri discorsi del presbitero e politico francese conosciuto come l'Abbé Gregoire<sup>24</sup> sono stati avviati dalla volontà dei rivoluzionari di distruggere le iscrizioni in latino apposte sui monumenti), si è affermata la necessità, e soprattutto teorizzata l'idea, di una "tutela" del patrimonio "culturale" per un interesse "nazionale"<sup>25</sup>. Tuttavia, non era ancora chiaro cosa si intendesse per "patrimonio culturale", cosa significasse "nazione" o "stato" né tantomeno cosa significasse la parola "tutela" con riferimento ai beni culturali.

Sicuramente all'epoca era presente l'idea che l'opera d'arte andasse tutelata in quanto esteticamente "bella" (idea che poi ha portato all'ideologia estetizzante di metà Ottocento) ed era ancora minoritaria la convinzione, oggi invece prevalente, che la tutela e valorizzazione dei beni e del patrimonio culturale significasse anche, se non soprattutto, tutela della storia dei popoli e delle civiltà nonché dei manufatti che ne sono espressione nel luogo dove sono stati concepiti e creati; dall'altra parte, il "bello" e la "bellezza", sebbene fossero presentati come canoni universali, erano in realtà strettamente collegati all'idea di arte delle *élites* dei funzionari e degli apparati statali e dunque coincidevano in sostanza con l'arte classica greco-romana<sup>26</sup> e rinascimentale<sup>27</sup>.

Nell'ambito del concetto di "tutela" inoltre sicuramente era presente l'idea che l'arte dovesse essere innanzitutto sottratta a coloro che non erano in grado di preservarla e valorizzarla e dovesse essere portata in "dimore sicure", ossia custodita in paesi considerati maggiormente "civilizzati"<sup>28</sup>; va tuttavia anche ricordato che nella base ideologica su cui poggia la nascita del museo in senso del moderno del Louvre, all'epoca chiamato *Muséum central des arts de la République*<sup>29</sup>, così come, in Italia, nel progetto del secondo

---

<sup>24</sup> In proposito, ci si permette di rimandare a M. CENINI, *Inalienabilità del bene culturale tra valori estetici e identità collettiva*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2021.

<sup>25</sup> Si veda in particolare J. L. SAX, *Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbe' Gregoire and the Origins of an Idea*, cit., pp. 1142 – 1169. Henri Grégoire conosciuto come l'Abbé Grégoire, era un presbitero e un membro del governo rivoluzionario durante il periodo del Terrore. Come si menziona nel testo, gli fu chiesto di fornire una relazione sulla necessità o meno di distruggere tutte le iscrizioni in latino apposte sui monumenti. Quello fu il primo di una lunga serie di relazioni e discorsi in cui Grégoire pose il tema della tutela del patrimonio culturale e degli interessi pubblicistici che insistono su tali beni.

<sup>26</sup> Con riguardo alle spoliazioni napoleoniche, è celebre il progetto del generale Pommereul di portare la Colonna Traiana in Francia.

<sup>27</sup> Un altro "obiettivo" degli ufficiali francesi era di riuscire a distaccare gli affreschi di Raffaello nelle Stanze Vaticane.

<sup>28</sup> Con riferimento alla Francia, si veda questa petizione degli artisti francesi al Direttorio del 1797: "La Repubblica francese, con la sua forza e la superiorità del lume e dei suoi artisti, è l'unico paese al mondo che può dare una dimora sicura a questi capolavori [id est, i capolavori oggetto delle spoliazioni napoleoniche]". Lo stesso argomento è stato utilizzato da Lord Elgin per giustificare l'asportazione dei Marmi del Partenone e la loro collocazione a Londra al British Museum.

<sup>29</sup> Il Palazzo del Louvre è in realtà il frutto di una serie di costruzioni e ricostruzioni dell'edificio fin dall'epoca medioevale. Durante la Rivoluzione francese, il palazzo del Louvre ha assunto la funzione di raccolta delle arti e, come si accenna nel prosieguo del testo, una funzione didattico-educativa. Il Museo fu inaugurato il 10 agosto 1793 e prese il nome di *Muséum central des arts de la République* nel novembre dello stesso anno.

museo dell'impero, ossia la Pinacoteca di Brera per la capitale del Regno d'Italia, era sicuramente ben presente l'idea che le arti in tutte le loro forme avessero una funzione didattica ed educativa<sup>30</sup>. Strettamente collegato a questo, ha anche avuto un significativo impatto sui processi di costruzione di una identità nazionale la promozione di progetti, per lo più di natura scultorea, dedicati alla celebrazione degli uomini illustri nei vari campi del sapere<sup>31</sup>.

L'utilizzo dell'arte e della cultura per la costruzione di una identità "nazionale" è forse ancora più evidente nel progetto di Ludwig I di Baviera di creazione del *Walhalla*, il quale va letto congiuntamente al complessivo piano artistico-culturale promosso dal sovrano. Questi progetti avevano l'indubbia funzione di legittimare, sia in ambito europeo sia al suo interno, un regno assai eterogeneo per tradizioni dinastiche, politiche e religiose. Oltre ai consueti tributi ai grandi personaggi della storia e della cultura dei popoli di lingua germanica, il sovrano ha dato un nuovo volto a Monaco di Baviera, novella Atene sull'Isar, e, appunto, ha patrocinato la costruzione e l'allestimento del *Walhalla* combinando i tre poli del suo piano identitario: il culto per l'arte classica, attraverso la citazione del Partenone e la collocazione dei marmi del tempio di Egina da lui acquistati; l'amore per la storia in funzione patriottica, attraverso i 96 busti ordinati cronologicamente all'interno; il sentimento cristiano<sup>32</sup>.

Progressivamente si è abbandonata l'idea di una tutela dell'arte in quanto "bellezza"; oggi, come accennato, prevale infatti l'impostazione opposta che si fonda sulla necessità di tutela del bene in quanto "culturale" e per le sue valenze storiche, sociali e antropologiche oltreché artistiche<sup>33</sup>. Questo senza dubbio ha riflessi anche sul rapporto tra identità di un popolo e patrimonio culturale, tema recentemente tornato in voga con riferimento alle richieste di restituzioni dei beni culturali al momento all'estero da parte dei cd. "paesi d'origine". In molti casi, la collocazione di questi beni nei grandi musei europei è collegata alle menzionate spoliazioni ottocentesche e ad altri celebri casi di sottrazione di beni ai paesi

---

<sup>30</sup> La funzione didattica ed educativa del Museo si sposava all'epoca con il piano di riforma dell'educazione promosso dal governo francese. In tema si vedano: E. Hooper-Greenhill, *I musei e la formazione del sapere: le radici storiche, le pratiche del presente*, tr. it. di G. Bernardi, Il Saggiatore, Milano, 2005; K. Schubert, *Museo. Storia di un'idea: dalla rivoluzione francese a oggi*, tr. it. di M. Gregorio, Il Saggiatore, Milano, 2004. Sulla tesi, ormai in parte superata, dei furti d'arte per creare il Louvre rimane un classico P. Weshcer, *I furti d'arte. Napoleone e la nascita del Louvre*. Sulla Pinacoteca di Brera, si veda: S. Sicoli (cur.), *Milano 1809. La Pinacoteca di Brera e i musei in età napoleonica*, Milano, 2010. Ringrazio la professoressa Laura Facchin per avermi gentilmente segnalato la bibliografia riportata.

<sup>31</sup> Anche per questo spunto di riflessione ringrazio la prof.ssa Facchin. Sul tema si vedano in particolare: L. Facchin, *Il mausoleo delle glorie nazionali: Italia ed Europa a confronto dalla fine del XVIII secolo alle soglie della Grande Guerra*, in atto del convegno cura da Zucca, *La paura del "Leviatano" europeo: globalizzazione, euroscetticismo e crisi della democrazia*, pubblicazione nell'ambito del progetto Jean Monnet Chair "No Fear 4 Europe".

<sup>32</sup> Su tema si rimanda a L. Facchin, *Il mausoleo delle glorie nazionali*, cit., p. 101-102.

<sup>33</sup> Si veda anche la Convenzione UNESCO concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illegittima importazione, esportazione e trasferimento di proprietà di beni culturali, conclusa a Parigi il 14 novembre 1970, definisce all'articolo 1 i beni culturali come quei beni che "a titolo religioso o profano, sono designati da ciascuno Stato come importanti per l'archeologia, la preistoria, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza e che appartengono alle categorie indicate qui di seguito" (segue elenco). Oltre alla definizione di bene culturale, è rilevante lo scopo stesso della Convenzione, che è quello di facilitare il rientro dei beni culturali nei luoghi in cui sono stati prodotti.

dove sono stati creati: si pensi ai celebri casi dei Marmi del Partenone attualmente al British Museum e più volte rivendicati dalla Grecia, e dei Bronzi del Benin, anch'essi richiesti a più riprese dal Niger sia alla Gran Bretagna che alla Francia, dove attualmente si trovano<sup>34</sup>.

Il tema, come ovvio, è assai complesso e non può essere affrontato in un breve scritto. In questa sede, sia consentito solo sottolineare che la costruzione di una identità “europea” necessariamente passa attraverso i valori e la cultura - e dunque anche attraverso il patrimonio culturale - e i progetti di digitalizzazione, favorendo la diffusione di tali valori e patrimoni culturali materiali e immateriali, hanno un ruolo fondamentale in questo processo. L'iter, tuttavia, appare molto lungo e complesso perché, come anche le richieste di restituzione dimostrano, si sta assistendo anche ad un fenomeno contrario, che invece riporta al “locale”, persino all'interno degli stessi Stati Membri. La soluzione dunque, necessariamente, dovrà contemperare queste spinte divergenti e qualsiasi scelta, anche solo quella di digitalizzare e conservare certi “beni” e non altri, potrà avere un impatto molto significativo.

---

<sup>34</sup> Sul fenomeno del cd. *deaccessioning* riferito ai casi di richiesta di ritorno dei beni culturali attualmente all'estero, ci si permette di rimandare nuovamente a M. CENINI, *Inalienabilità del bene culturale tra valori estetici e identità collettiva*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2021.

## Falsa o erronea attribuzione di opera d'arte e rimedi contrattuali

GEO MAGRI

Ricercatore di diritto privato dell'Università degli Studi dell'Insubria

Il contributo affronta il tema della falsa o erronea attribuzione di opera d'arte, soffermandosi sui rimedi a tutela dell'acquirente.

The essay addresses the issue of false or erroneous attribution of an artwork, focusing on the remedies for protecting the buyer.

SOMMARIO: 1. Definizione dell'ambito della ricerca; - 2. Il commercio di "cose" antiche e usate; - 2.1. L'attestato di autenticità e di provenienza; - 3. Contratto e autenticità; - 3.1 Le statue di Jacopo della Quercia; - 3.2 Gli altri rimedi contrattuali; - 3.2.1 La garanzia di autenticità; - 3.2.2 La presupposizione; - 3.5 L'*expertise* errato; - 3.6 L'errore del venditore sulle qualità del bene compravenduto; - 3.6.1 Gli *sleepers*; - 3.7 L'opera falsa; - 4. La prescrizione; - 5. Conclusioni

1. Il problema della falsa o erronea attribuzione di un'opera d'arte può presentarsi in due possibili varianti: la prima si ha quando il venditore dichiara che l'opera è di un artista di fama, mentre poi si scopre essere il lavoro di uno sconosciuto, di un imitatore, o, al più, quello della cerchia dell'autore al quale era invece attribuita. La seconda, invece, si ha quando è l'acquirente a riconoscere il pregio di un'opera che il venditore sottovaluta. L'ipotesi più frequente è quella del privato che vende al professionista un'opera che possiede ma della quale ignora il valore; tuttavia può accadere che anche il venditore professionista metta in vendita un'opera senza riconoscerne l'effettivo pregio. Quest'ultimo fenomeno ha la sua massima espressione nel caso degli *sleepers*, ossia quelle opere realizzate da un autore noto, che non circolano da tempo sul mercato, e che non sono attribuite, da chi le vende, all'artista che le ha realizzate; nonostante il mancato riconoscimento da parte dell'alienante, però, un acquirente particolarmente competente riconosce la mano del vero autore e acquista il bene. Un esempio di *sleepers* è l'*Ecce Homo*, attribuito a un autore anonimo e presentato in asta in Spagna, con una base d'asta di soli 1500 euro, per poi essere ritirato quando si è ventilata una più illustre attribuzione a Caravaggio<sup>1</sup>. Affinché si possa

---

<sup>1</sup> Sul caso del Caravaggio spagnolo si veda V. SGARBI, *Ecce Caravaggio*, Milano, 2021. Un altro esempio particolarmente interessante è riportato in M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011 p. 429 ss, p. 429, il quale descrive l'episodio occorso durante un'asta francese, nella quale un piccolo quadretto di 25 cm per 30 venne presentato in catalogo come opera di autore anonimo di «scuola del XIX sec.», e stimato circa 100 Euro. Alla fine dell'asta, dopo una lunga serie di rilanci, l'opera fu aggiudicata al prezzo di 350.000 euro, escluse tasse e diritti d'asta. L'immediato entusiasmo dei venditori si trasformò in profonda delusione nel momento in cui si individuò l'identità dell'autore anonimo in Caspar David Friedrich e si stabilì che il dipinto era la «Civetta su un albero» della

parlare di un'opera d'arte dormiente occorre che si tratti di un bene venduto in asta e attribuito ufficialmente, dal catalogo pubblicato, ad autore errato o sconosciuto e proposto per un prezzo decisamente inferiore a quello che il bene avrebbe se l'autore fosse stato riconosciuto correttamente<sup>2</sup>.

Si potrebbe ritenere che le problematiche concernenti l'attribuzione riguardino principalmente le opere realizzate da un autore non più vivente, tuttavia non deve essere escluso aprioristicamente che si pongano anche con riguardo ad artisti ancora in vita, sebbene, in questo caso, sia (almeno teoricamente<sup>3</sup>) più facile addivenire a una soluzione certa e definitiva dell'eventuale disputa sull'autenticità rivolgendosi direttamente all'autore.

Evidentemente l'erronea attribuzione dell'opera incide sul suo valore, riducendolo, quando è smentita, o aumentandolo quando si scopre che l'opera di autore inizialmente sconosciuto è in realtà di un artista apprezzato dal mercato. Ci si deve quindi chiedere se, e a quali condizioni, essa espliciti degli effetti sul contratto di compravendita e quali siano gli effetti e i rimedi dei quali le parti possono beneficiare per eliminare un contratto per il quale non hanno più interesse. Proprio questi aspetti verranno indagati nelle prossime pagine.

2. Il Codice dei beni culturali dedica la Sezione III (art. 63 ss.) del Capo IV (Circolazione in ambito nazionale) all'attività di commercio di cose antiche o di cose usate. Le disposizioni del Codice sono poi integrate dal testo unico delle leggi di pubblica sicurezza.

A norma dell'articolo 63, comma 1° C.b.c., chi esercita il commercio delle cose antiche o usate, indicate nell'allegato A del Codice<sup>4</sup>, è tenuto a trasmettere all'autorità locale di pubblica sicurezza una

---

quale si erano perse le tracce.

<sup>2</sup> In questo senso vd. A. L. BUNDLE, *The Sale of Misattributed Artworks and Antiques at Auction*, Cheltenham 2016, p. 7 ss.

<sup>3</sup> In verità, anche qualora l'autentica provenienza dall'artista e sia dallo stesso autografata, potrebbero porsi dei problemi. Gli esempi non mancano: De Chirico, richiesto di pronunciarsi su quale di due opere a lui attribuite fosse autentica e quale fosse la copia, rispose con un'affermazione assai vaga, secondo la quale «né l'una è copia dell'altra né l'altra è copia dell'una» (su De Chirico si veda V. CARBONE, *I de chirico di De Chirico*, nota a Trib. Roma Sez. V, 21 gennaio 1989, n. 669, in *Corr. giur.*, 1989, p. 860 e ss.). Mario Schifano, dopo aver venduto personalmente alcune opere a dei collezionisti, le rinnegò in seguito a un accertamento fiscale. Questi due esempi dimostrano come il mercato dell'arte sia spesso rischioso e come quella che oggi appare come un'attribuzione certa e incontestabile domani potrebbe essere messa in discussione, con conseguente crollo del valore del bene. Sul tema dell'*expertise*, con particolare riguardo agli strumenti musicali, si veda R. CALVO, *Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto*, in *Contratto e impr./Europ.*, 2010, p. 1 ss.

<sup>4</sup> L'allegato A (Integrativo della disciplina di cui agli artt. 63, comma 1; 74, commi 1 e 3) elenca una lunga serie di cose: «A. Categorie di beni:

1. Reperti archeologici aventi più di cento anni provenienti da a) scavi e scoperte terrestri o sottomarine; b) siti archeologici; c) collezioni archeologiche.
2. Elementi, costituenti parte integrante di monumenti artistici, storici o religiosi e provenienti dallo smembramento dei monumenti stessi, aventi più di cento anni.
3. Quadri e pitture diversi da quelli appartenenti alle categorie 4 e 5 fatti interamente a mano su qualsiasi supporto e con qualsiasi materiale (aventi più di settanta anni e non appartenenti all'autore)
4. Acquerelli, guazzi e pastelli eseguiti interamente a mano su qualsiasi supporto (Ndr aventi più di settanta anni e non appartenenti all'autore).

dichiarazione preventiva di esercizio dell'attività. L'autorità di pubblica sicurezza è tenuta a inviare copia di tale dichiarazione alla Soprintendenza e alla Regione nella quale l'attività è esercitata. Nella dichiarazione, a norma dell'art. 242 t.u.l.p.s., devono essere indicati: la sede dell'esercizio, la specie del commercio effettuato, precisando se si tratti di commercio di oggetti aventi valore storico od artistico oppure di commercio di oggetti usati di nessun pregio.

Una volta effettuata la dichiarazione ed eseguita l'iscrizione alla Camera di commercio, l'esercente può iniziare liberamente a svolgere la propria attività, senza alcun ulteriore permesso, essendo stata abrogata la disposizione che prevedeva l'obbligo di ottenere l'autorizzazione del Sindaco del Comune interessato<sup>5</sup>.

L'unico obbligo di rilievo previsto a carico del commerciante è quello di tenere il registro delle transazioni previsto dall'art. 63, 2° comma, del Codice. In forza di tale previsione, chi fa commercio di cose antiche o usate è tenuto ad annotare quotidianamente le operazioni eseguite in un apposito registro (cfr. art. 128 comma 2 t.u.l.p.s.), descrivendo le caratteristiche delle cose vendute<sup>6</sup> e indicando le generalità del venditore e dell'acquirente. Il registro deve essere tenuto in formato elettronico, utilizzando un

5. Mosaici diversi da quelli delle categorie 1 e 2 realizzati interamente a mano con qualsiasi materiale e disegni fatti interamente a mano su qualsiasi supporto (NdR aventi più di settanta anni e non appartenenti all'autore).

6. Incisioni, stampe, serigrafie e litografie originali e relative matrici, nonché manifesti originali (NdR aventi più di settanta anni e non appartenenti all'autore).

7. Opere originali dell'arte statuaria o dell'arte scultorea e copie ottenute con il medesimo procedimento dell'originale, diverse da quelle della categoria 1.

8. Fotografie, film e relativi negativi (NdR aventi più di settanta anni e non appartenenti all'autore).

9. Incunaboli e manoscritti, compresi le carte geografiche e gli spartiti musicali, isolati o in collezione (NdR con la ovvia eccezione degli incunaboli, gli altri beni devono avere più di settanta anni e non appartenenti all'autore).

10. Libri aventi più di cento anni, isolati o in collezione.

11. Carte geografiche stampate aventi più di duecento anni.

12. Archivi e supporti, comprendenti elementi di qualsiasi natura aventi più di cinquanta anni.

13. a) Collezioni ed esemplari provenienti da collezioni di zoologia, botanica, mineralogia, anatomia; b) Collezioni aventi interesse storico, paleontologico, etnografico o numismatico.

14. Mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni.

15. Altri oggetti di antiquariato non contemplati dalle categorie da 1 a 14, aventi più di settanta anni.

B. Valori applicabili alle categorie indicate nella lettera A (in euro):

1) qualunque ne sia il valore 1. Reperti archeologici; 2. Smembramento di monumenti; 9. Incunaboli e manoscritti; 12. Archivi.

2) 13.979,50 5. Mosaici e disegni; 6. Incisioni; 8. Fotografie; 11. Carte geografiche stampate

3) 27.959,00 4. Acquerelli, guazzi e pastelli

4) 46.598,00 7. Arte statuaria; 10. Libri; 13. Collezioni; 14. Mezzi di trasporto; 15. Altri oggetti

5) 139.794,00 3. Quadri».

L'allegato è stato modificato dall'art. 2-decies, comma 1, d.l. 26 aprile 2005, n. 63, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 giugno 2005, n. 109; successivamente l'art. 2-decies è stato abrogato dall'art. 4, comma 1, lett. b), d.l. 17 agosto 2005, n. 164, non convertito in legge (Comunicato 18 ottobre 2005, pubblicato nella Gazz.Uff. 18 ottobre 2005, n. 243). Da ultimo è stato modificato dall'art. 5, comma 1, lett. a), b) e c), d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, dall'art. 1, comma 10, d.lgs. 7 gennaio 2016, n. 2 e dall'art. 1, comma 175, lett. l), l. 4 agosto 2017, n. 124.

<sup>5</sup> L'abrogazione non è stata operata dal Codice dei beni culturali, ma dal d. lgs. 114/1998. Cfr. A. Giuffrida, Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali in ambito nazionale, Milano 2008, p. 353.

<sup>6</sup> Per i beni che superano il valore soglia indicato nel decreto ministeriale, la descrizione deve essere dettagliata (art. 63 c. 2 ultima frase del codice).



programma che consenta la consultazione in tempo reale alla Soprintendenza. Il registro è diviso in due elenchi: il primo, relativo alle cose per le quali occorre la presentazione all'ufficio di esportazione; il secondo, invece, si riferisce alle cose per le quali l'attestato è rilasciato in modalità informatica, senza necessità di presentazione all'ufficio di esportazione (salva la facoltà del soprintendente di richiedere che le cose indicate gli siano comunque presentate per un esame diretto). La regolare tenuta del registro è verificata dalla Soprintendenza attraverso ispezioni periodiche, che possono essere effettuate anche a mezzo dei carabinieri preposti alla tutela del patrimonio culturale. Il verbale dell'ispezione deve essere notificato all'interessato e alla locale autorità di pubblica sicurezza (art. 63 c. 3 C.b.c.).

L'elencazione delle cose indicate nell'allegato A è assai eterogenea: si va dai reperti archeologici agli incunaboli, dalle carte geografiche ai mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni, dalle litografie originali ai mosaici; insomma, essa ricomprende ogni sorta di cosa mobile che, pur rivestendo un interesse latamente culturale, non necessariamente è anche assoggettabile ai vincoli culturali e alle conseguenti restrizioni al commercio previste dalla legislazione in materia<sup>7</sup>. Si deve evidenziare che, ai fini dell'obbligo di registrazione, non ha alcuna rilevanza il valore venale del bene; ciò comporta che anche le cose dal valore irrisorio devono essere registrate, qualora rientrino in una delle categorie previste dall'allegato<sup>8</sup>. Sono invece escluse dall'obbligo di registrazione le opere di arte contemporanea<sup>9</sup>.

Se la funzione del registro è quella di assicurare la possibilità di un controllo da parte delle Soprintendenze sulla circolazione delle cose di interesse artistico, in modo da garantire una capillare supervisione delle transazioni aventi ad oggetto beni dal potenziale interesse culturale, occorre evidenziare che tale registro è molto differente dalla pubblicità mobiliare di cui all'art. 815 c.c. La registrazione, infatti, è rimessa alla "buona volontà" del commerciante e non è garantita da un soggetto pubblico. Ciò comporta, evidentemente, l'inapplicabilità, anche in via analogica, dell'art. 1156 c.c. ai beni che vengono registrati in forza dell'art. 63 comma 2 C.b.c.<sup>10</sup>. Occorre peraltro rilevare che, all'atto pratico, l'obbligo di registrazione previsto dal Codice è frequentemente disatteso, sicché, molti dei beni la cui circolazione dovrebbe essere annotata vengono trasferiti senza lasciare alcuna traccia.

L'art. 63 comma 4 introduce un ulteriore obbligo a carico di coloro che esercitino il commercio di documenti, siano titolari di case di vendita o siano pubblici ufficiali preposti alle vendite mobiliari: si tratta dell'obbligo di comunicare alla Soprintendenza l'elenco dei documenti di interesse storico posti in

---

<sup>7</sup> Così M. BUONAURO, sub Art. 63, in G. Leone, A. L. Tarasco, a cura di, *Commentario al Codice dei beni culturali*, Padova, 2006, p. 427, il quale rileva che l'obbligo di registrazione non è collegato alla valenza culturale del bene, quanto piuttosto alla necessità di assicurare una maggiore certezza con riguardo alla circolazione di determinati tipi di beni.

<sup>8</sup> A. MILONE, sub art. 63, in M. A. Sandulli, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2006, p. 477.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> In questo G. MAGRI, *Beni culturali e acquisto a non domino*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 746.

vendita. L'obbligo è previsto anche a carico dei privati che siano proprietari, possessori o detentori, a qualsiasi titolo, «di archivi che acquisiscano documenti aventi il medesimo interesse». Tale denuncia deve essere effettuata entro novanta giorni dall'acquisizione e, nei novanta giorni successivi, la Soprintendenza può avviare il procedimento di cui all'articolo 13, se ritiene che i documenti siano di interesse tale da giustificare l'apposizione di un vincolo culturale. La norma ha l'evidente scopo di favorire la scoperta dei documenti dotati di particolare interesse per la collettività, in modo che ne possa essere assicurata la conoscenza e il controllo pubblico sulla loro conservazione. Tale finalità è ulteriormente confermata dal successivo comma 5, in forza del quale: «Il soprintendente può comunque accertare d'ufficio l'esistenza di archivi o di singoli documenti dei quali siano proprietari, possessori o detentori, a qualsiasi titolo, i privati e di cui sia presumibile l'interesse storico particolarmente importante»<sup>11</sup>.

2.1 Al fine di tutelare l'acquirente e la trasparenza del mercato, il Codice prevede, all'art. 64, l'obbligo, in capo a chi esercita «l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura, di scultura, di grafica ovvero di oggetti d'antichità o di interesse storico od archeologico, o comunque abitualmente vende le opere o gli oggetti medesimi», di consegnare all'acquirente la documentazione che attesti l'autenticità (o la probabile attribuzione) e la provenienza delle opere commerciate. L'obbligo si assolve con la consegna di un documento scritto nel quale il venditore dichiara tutte le informazioni che possiede (o che è in grado di desumere) sul bene che vende, ovviamente il commerciante deve anche dichiarare il grado di certezza delle informazioni che comunica.

La norma si rivolge a una platea di esercenti assai vasta e variegata, che ricomprende gli antiquari, i mercanti d'arte, i galleristi, ma anche i semplici rivenditori nei mercatini, i quali, spesso, non hanno le conoscenze o le capacità necessarie per assolvere a tale obbligo. Si ritiene che la previsione sia applicabile anche alle opere d'arte contemporanea<sup>12</sup>, per le quali, però, come si è detto, non è previsto l'obbligo di registrazione ai sensi dell'art. 63 C.b.c.<sup>13</sup>.

Il certificato rilasciato dal commerciante è comunemente detto *expertise* (anche se per le opere d'arte contemporanea si parla più spesso di autentica) e può anche essere realizzato da un soggetto terzo

---

<sup>11</sup> Secondo R. TAMIOZZO, G. VECCIA, sub art. 63, in R. Tamiozzo, a cura di, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2005, p. 290 la nota.

<sup>12</sup> Così Cass pen. 6 luglio 2007 (ud. 13 marzo 2007), n. 26072, in *Giur. It.* 2008, p. 425 ss., secondo la quale «In tema di disciplina sui beni culturali di cui al testo unico approvato con il D. Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, contrariamente al senso letterale dell'art. 2, VI comma, le disposizioni di cui all'art. 63, che impongono ai venditori e ai commercianti di rilasciare attestati di autenticità e di provenienza delle opere, e quelle di cui agli artt. 127 e 128, che incriminano la contraffazione e l'alterazione di opere d'arte se non accompagnate da una dichiarazione di non autenticità, si applicano anche alle opere di autori viventi o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni», con nota di F. PAVESI, *In tema di falsificazione delle opere d'arte*, ivi, p. 428 ss.

<sup>13</sup> A. GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 356.

rispetto al venditore, generalmente uno storico dell'arte o un esperto del settore al quale il bene è riconducibile. Non esistendo alcun albo o registro degli esperti d'arte, chiunque può esprimere un parere; evidentemente, però, il peso dell'*expertise* sarà corrispondente alla credibilità professionale di chi lo ha rilasciato. È appena il caso di precisare che se l'opera è di un artista ancora vivente sarebbe opportuno, per una massima tutela dell'acquirente, che l'autentica fosse firmata direttamente dall'artista.

Il tema delle autentiche è uno degli aspetti più delicati del mercato dell'arte<sup>14</sup>: in assenza di regole precise, generalmente, alla morte dell'artista, l'autenticità delle sue opere è rimessa ai suoi discendenti, i quali, però, possono avere interesse a riconoscere come autentiche opere che in realtà non lo sono o a negare la paternità di opere autentiche, al solo fine di far crescere il valore di mercato di quelle esistenti e che sono in loro possesso; inoltre, anche per gli esperti, peraltro, non sempre è possibile affermare con assoluta certezza che l'opera sia frutto del lavoro di un determinato artista, quindi il rischio di autentiche che vengono smentite nel corso del tempo è concreto. Il quadro risulta ancora più complesso con riguardo alle opere antiche, le quali erano generalmente frutto del lavoro di un artista e della sua bottega: l'artista realizzava i particolari più difficili e importanti (ad es. volti e mani delle figure principali), mentre alla bottega competeva il completamento dell'opera<sup>15</sup>.

Nel caso in cui l'autentica si riveli errata si pone il problema della responsabilità del soggetto autenticante. In proposito un precedente del Tribunale di Milano ha ritenuto «arrecato *non iure* il danno cagionato dal parere circa la datazione di un'opera d'arte emesso dalla fondazione dedicata all'autore dell'opera», ne consegue l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. e la possibilità, per il soggetto danneggiato, di far valere la sua pretesa risarcitoria. Secondo la corte meneghina «l'ente deve essere ritenuto responsabile in via extracontrattuale» qualora, formulando un parere errato, abbia cagionato un danno a terzi. La responsabilità extracontrattuale di chi autentica sussiste, secondo la sentenza citata, anche nel caso in cui la condotta sia stata colposa, ossia qualora il parere non sia «motivato, prudente, fondato su dati scientifici e su adeguate competenze professionali»<sup>16</sup>. La tesi sostenuta dal tribunale di Milano, che può essere estesa anche all'errata attribuzione, non è accolta in modo pacifico<sup>17</sup> e appare preferibile seguire l'opinione di

---

<sup>14</sup> G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Napoli, 2019, passim e, con riguardo all'azione di accertamento dell'autenticità, R. DONZELLI, *Sull'azione di mero accertamento dell'autenticità dell'opera d'arte*, in *Rass. dir. moda e arti*, 2022, p. 31 ss.

<sup>15</sup> Celebre l'esempio del *Battesimo di Cristo* realizzato dal Verrocchio con l'apporto del giovane Leonardo che dipinse il volto di un angelo in modo magistrale, tanto che il Vasari, a proposito del dipinto, nelle sue *Vite*, ebbe a scrivere che «in questa opera aiutandogli Lionardo da Vinci allora giovanetto e suo discepolo, vi colorì un Angelo di sua mano, il quale era molto meglio che l'altre cose; il che fu cagione che Andrea si risolvette a non voler toccare più pennelli, poiché Lionardo, così giovanetto in quell'arte, si era portato molto meglio di lui».

<sup>16</sup> Cfr. Tribunale di Milano, Sez. Proprietà industriale e intellettuale, 14 luglio 2012, n. 8626, in *Danno e responsabilità*, 2014, p. 287 ss. con nota critica di C. GABBANI, *Responsabilità aquiliana da errato parere sulla datazione di un'opera d'arte: la portata giustificativa dell'art. 21 Cost.*

<sup>17</sup> Cfr. C. GABBANI, *op. loc. cit.*

chi limita la responsabilità dell'autenticatore ai soli casi di dolo o colpa grave<sup>18</sup>, vista la difficoltà oggettiva che può riscontrarsi nel processo di autenticazione e la discrezionalità che tale giudizio comporta.

Non va poi sottaciuto il fatto che il mercato del falso ha, da sempre<sup>19</sup>, una rilevanza non secondaria; secondo il rapporto del Nucleo tutela del patrimonio culturale dei Carabinieri, nel 2021, sono state sequestrate ben 1748 opere false, per un valore stimato di oltre 429 milioni di euro. Tra i beni sequestrati 1293 opere erano di arte contemporanea, la quale continua a rappresentare il settore per il quale la criminalità ha il maggiore interesse<sup>20</sup>, mentre 370 opere sono di antiquariato, compreso quello archivistico e librario e 85 archeologiche.

Anche per questo motivo la funzione dell'attestato previsto dall'art. 64 C.b.c. appare di indubbia rilevanza e ciò per una duplice ragione: da un lato assicura l'acquirente della qualità dell'oggetto acquistato (attestato di autenticità), garantendo la liceità della sua provenienza (attestato di provenienza)<sup>21</sup> e, dall'altro responsabilizza il venditore, imponendogli di offrire un'informazione trasparente sulle condizioni dell'acquisto<sup>22</sup>.

Sicuramente criticabile appare il fatto che l'art. 64 C.b.c. non preveda una sanzione nei confronti del venditore che non rilasci l'attestato, quasi che il legislatore non avesse inteso introdurre un serio

<sup>18</sup> Cfr. A. BARENGHI, *L'attribuzione di opere d'arte. Vero o falso?*, in *Il Corriere giuridico*, 2019, p. 1093 ss., pp. 1103 e s. ove si afferma che «l'obbligo risarcitorio del soggetto che esprime il giudizio risulta normalmente vincolato alla ricorrenza del dolo o di una colpa grave particolarmente qualificata» e si precisa che «il problema, già delicato di per sé, della responsabilità da informazioni qui assume una tonalità particolarmente sfumata, perché riguarda la formazione di un giudizio (necessariamente insindacabile), di un processo conoscitivo, il che di per sé non può essere privo di conseguenze nella configurazione della fattispecie di responsabilità. Sicché finisce per diventare quasi secondario richiamare, sotto il profilo della responsabilità contrattuale, il principio dell'art. 2236 c.c., e le clausole di limitazione o di esonero da responsabilità che abitualmente vengono stipulate, ovvero le esplicite delimitazioni convenzionali dell'oggetto dell'obbligo. Così come appare solo rafforzativo, sul terreno extracontrattuale, laddove in ipotesi una simile responsabilità risulti configurabile (come nel caso de Chirico)»

<sup>19</sup> I falsari operano da sempre nel mercato dell'arte, uno dei casi più noti fu quello di Han van Meegeren, falsario olandese che, se da giovane venne considerato un artista fallito, apprese le tecniche di falsificazione da Theo Van Wijngaarden, famoso restauratore e falsario operante ad Amsterdam. Van Meegeren, affascinato dalla pittura olandese del seicento e in particolare da Vermeer, si impadronì delle tecniche e dello spirito di Vermeer. Per i suoi falsi utilizzò tele originali del '600, prive di valore artistico, da cui raschiava accuratamente il colore. Non copiò mai opere esistenti di Vermeer esistenti, ma creò dipinti nuovi caratterizzati da un'aderenza stilistica assoluta, in modo da ingannare anche i critici d'arte. Con la sua attività da falsario, van Meegeren si era voluto vendicare di coloro che non l'avevano mai apprezzato come pittore. Nel corso della sua attività riuscì a vendere a Heinrich Himmler, dipinti falsi per un valore di cinque milioni e mezzo di fiorini e un falso Vermeer (*Cristo e l'adultera*) a Hermann Göring.

Van Meegeren creò in tutto 6 falsi Vermeer e, per aver venduto due dipinti a dei capi nazisti, alla fine della guerra fu arrestato con l'accusa di collaborazionismo. Fu processato in Olanda nell'ottobre del 1947 e riuscì a evitare l'ergastolo soltanto rivelando d'essere un falsario e d'aver venduto ai tedeschi dei falsi. Per dimostrarlo, dipinse nell'aula del tribunale un *Gesù nel tempio*, che molti esperti definirono stupendo. Sulla storia di van Meegeren si veda E. DOLNICK, *Der Nazi und der Kunstfälscher*, Berlino 2014, più in generale sul tema dei falsari nel mercato dell'arte si veda H. BELLET, *Falsari illustri*, Milano 2019.

<sup>20</sup> Cfr. Comando Carabinieri, Tutela patrimonio culturale, *Attività operativa 2021* disponibile all'indirizzo <https://www.beniculturali.it/comunicato/23137#allegati>. Sul tema si vedano anche gli aneddoti contenuti in S. FACCHINETTI, *Storie e segreti dal mercato dell'arte*, Bologna 2019, p. 77 ss.

<sup>21</sup> Così A. PAPA, *sub art. 64*, in V. Italia, a cura di, *Testo unico sui beni culturali*, Milano 2000, p. 177 e A. MILONE, *op. cit.*, p. 479.

<sup>22</sup> M. BUONAURO, *sub art. 64*, in G. Leone e A. L. Tarasco, a cura di, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, p. 429.

obbligo a carico del professionista. L'assenza di una sanzione pubblicistica sembra però rimediabile sul piano privatistico: l'acquirente, di fronte a un venditore che si rifiuti di adempiere all'obbligo di consegnare l'*expertise*, lo può "sanzionare" non comprando il bene o rifiutandosi di comprarlo al prezzo richiesto. In dottrina, peraltro, si è osservato che la violazione dell'obbligo previsto dall'art. 64 C.b.c. sarebbe sanzionabile anche in base all'art. 164 che commina la nullità di tutte le transazioni che siano avvenute senza l'osservanza delle condizioni e delle modalità previste dal Codice<sup>23</sup>. Una tesi meno estrema ritiene, invece, che la sanzione debba essere ricercata nei rimedi generali del diritto civile e, quindi, nella disciplina dell'inadempimento, con conseguente possibilità di richiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno<sup>24</sup>. Questa seconda opinione appare la più condivisibile: la generale previsione della nullità contemplata dall'art. 164 C.b.c., infatti, sembra volta a sanzionare l'inosservanza delle disposizioni legislative che contrastano con gli interessi di tutela dello Stato, non la violazione delle disposizioni che introducono un obbligo a favore di un contraente. Una tale ricostruzione, del resto, sembra trovare conferma nella stessa *ratio* della disciplina della nullità, che, essendo il rimedio invalidante più invasivo, è generalmente riservata a colpire quelle condotte che ledono un interesse di ordine pubblico, mentre la lesione di un interesse privato è sanzionata con rimedi il cui esercizio è rimesso alla volontà della parte titolare dell'interesse leso.

Ovviamente l'acquirente potrà ricorrere anche al rimedio generale del risarcimento del danno e ciò non soltanto nel caso in cui il venditore abbia ommesso di rilasciare il certificato previsto dall'art. 64 C.b.c., ma anche e soprattutto, qualora le informazioni contenute nell'*expertise* non siano conformi a verità. Si immagini, ad esempio, l'ipotesi del negoziante che dichiari di vendere un quadro attribuito a un determinato pittore, mentre poi l'acquirente scopra che si tratta di opera di scuola o di autore sconosciuto: in questo caso, evidentemente, l'*expertise* errata, oltre a poter essere utilizzata come prova ai fini dell'annullamento del contratto, potrà fondare la richiesta di risarcimento del danno, il cui ammontare sarà determinato in base al grado di certezza dell'attribuzione e alla sua conformità con le conoscenze del settore nel momento in cui il contratto veniva concluso<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> La tesi è sostenuta da A. GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 360.

<sup>24</sup> R. A. M. MUSCIO, *La prelazione artistica*, in E. Follieri, a cura di, *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, 2005, p. 203.

<sup>25</sup> Sul problema dell'attribuzione si vedano S. Facchinetti, *op. cit.*, p. 15 ss. e A. BARENGHI, *op. cit.*, il quale a p. 1095 e s. osserva che «Il tema fondamentale è quello di discriminare l'opera d'arte autentica da quella che autentica non è.

Il problema dell'autenticità o meno di un'opera d'arte riguarda innanzitutto il rapporto tra autore (o presunto tale) e possessore dell'opera, poi quello tra cedente e cessionario della stessa, tra conoscitore o studioso, autore e possessore, si pone poi rispetto al pubblico, e può essere infine variamente declinato nei confronti del potere giudiziario, il quale in determinati casi può (e in altri invece, come si vedrà, non può) essere chiamato a prendere in considerazione simili problemi, e quando lo fa rischia di rivelarsi controproducente.

L'inserimento o meno dell'opera nel catalogo dell'artista, la sua inclusione o la sua esclusione dalla retrospettiva in corso di preparazione, la rivendicazione o il ripudio della paternità da parte dell'autore o del presunto autore, o ancora la pubblicazione di giudizio sull'attribuzione dell'opera possono determinare conseguenze sulla circolazione dell'opera che assumono un

Chiaramente il rifiuto del venditore di rilasciare l'attestato di provenienza dovrà suonare come un campanello d'allarme per l'acquirente, il quale difficilmente, davanti al rifiuto del venditore di garantire la provenienza, potrà invocare la propria buona fede al momento dell'acquisto e ciò con le relative conseguenze sia civilistiche (mancata applicabilità dell'art. 1153 c.c.) che penalistiche (eventuale reato di incauto acquisto ex art. 712 c.p.).

Resta da spendere qualche parola con riguardo a un tema che, in qualche modo, si avvicina a quello appena trattato e cioè se l'acquirente o il proprietario di un'opera d'arte possa esperire un'azione giudiziale volta all'accertamento della sua autenticità. In proposito la giurisprudenza appare divisa<sup>26</sup>: in alcune sentenze si è riconosciuta la possibilità di proporre azioni volte ad accertare la paternità di un'opera d'arte<sup>27</sup>, mentre in altre, in ossequio a un orientamento prevalente, si è negato che una simile pretesa sia azionabile in giudizio<sup>28</sup>.

In dottrina si è osservato<sup>29</sup> che l'ammissibilità dell'azione di mero accertamento dell'autenticità dell'opera è legata a un tema di fondo, ossia quello di stabilire se l'autenticità sia o non sia un profilo del diritto di proprietà sull'opera d'arte. In caso di risposta positiva, la tutela di mero accertamento è ammissibile e ha ad oggetto non un fatto, bensì il modo d'essere del diritto. Nel caso opposto, invece, il mero accertamento dovrà ritenersi inammissibile. Tra le due alternative quella preferibile sembrerebbe essere la seconda, posto che l'autenticità dell'opera non costituisce un aspetto o il modo d'essere del diritto, ma una qualità in concreto del bene<sup>30</sup>.

3. L'obbligo di dichiarare provenienza e autenticità dell'opera genera il conseguente affidamento, nell'acquirente, che il bene acquistato possieda tutte le qualità promesse che il venditore ha dichiarato e

---

particolare rilievo quando ne sia contestato il fondamento: l'opera considerata 'buona' che invece viene esclusa, o viceversa l'opera considerata falsa che viene inclusa e validata.

Appare evidente il peso che le diverse circostanze accennate possono assumere in ordine alla circolazione dell'opera e alla sua collocazione nel mercato. Ne possono discendere questioni, di non sempre facile soluzione, in termini di responsabilità.

<sup>26</sup> Sul tema si veda G. FREZZA, *op. cit.*, p. 75 ss. e R. DONZELLI, *op. loc. cit.*

<sup>27</sup> In questo senso Tribunale di Milano Sez. spec. Impresa, 15 febbraio 2018, n. 4754, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2019, p. 660: «È ammissibile tout court l'azione di accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte se fondata su elementi (scientifici e fattuali) incontrovertibili. È inammissibile la condanna all'inserimento nel catalogo generale di un artista, curato da un ente che svolge un'attività di archiviazione delle opere d'arte, rappresentando quest'ultima la libera manifestazione del pensiero, e, come tale, trattandosi di un'attività incoercibile».

<sup>28</sup> Così Tribunale, Roma, sez. XVII, 21 giugno 2018, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, p. 1409I «Premesso che le azioni di mero accertamento possono avere ad oggetto, al pari di ogni forma di tutela giurisdizionale contenziosa, soltanto i diritti e non anche i fatti, sia pure giuridicamente rilevanti, non esiste un diritto giudizialmente tutelabile all'accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte, così come non è configurabile un potere giudiziale di accertare con carisma di verità dell'autenticità di un'opera d'arte: in tal caso, infatti, l'accertamento richiesto non interessa la titolarità del diritto, ma un elemento di fatto neutrale sotto il profilo giuridico e che assume rilevanza solo per la determinazione del valore commerciale dell'opera».

<sup>29</sup> R. DONZELLI, *op. loc. cit.*

<sup>30</sup> *Ibidem*.

attestato. Se però, successivamente alla conclusione del contratto, si scopre che il bene non possiede le qualità che il venditore ha assicurato e che erano date per certe dalle parti, l'acquirente può perdere interesse per il contratto che ha concluso e qui si aprono le problematiche con riguardo ai rimedi contrattuali che può esperire per liberarsi da un vincolo per il quale non ha più interesse.

I rimedi astrattamente prospettabili sono quelli dell'inadempimento e, in particolare, la disciplina in materia dei vizi o di difetto di conformità, dell'*aliud pro alio* e dei vizi del consenso. La giurisprudenza ha dimostrato un particolare interesse proprio per i vizi del consenso, facendo ampio ricorso alla disciplina dell'errore<sup>31</sup> e preferendo, generalmente, fare ricorso all'annullamento piuttosto che alla risoluzione per vizi della *res tradita*.

Possiamo immaginare diverse ipotesi nelle quali il contratto può essere impugnato per errore: la prima, forse la più classica, è quella in cui l'opera oggetto del trasferimento sia stata venduta come opera di autore famoso e, successivamente, si scopra esser stata realizzata da un autore meno noto o essere un'opera di bottega. La seconda, invece, è quella contraria: l'opera è ritenuta di importanza secondaria, mentre, successivamente, si scopre che essa è stata realizzata da un autore famoso, con conseguente aumento del valore commerciale.

Una terza ipotesi prospettabile, che invero si distingue solo per qualche sfumatura dalle due precedenti, è quella dell'opera che sia stata riconosciuta come autentica da un'*expertise*, che poi si scopre errato.

Infine, l'ultima ipotesi, è quella dell'opera che l'acquirente riconosce essere di pregio, ma della quale il venditore non è stato in grado di riconoscere l'importanza e ha pertanto accettato di cedere a poco prezzo<sup>32</sup>.

3.1 Un risalente precedente giurisprudenziale della Suprema Corte<sup>33</sup> vedeva contrapposti dei privati cittadini che proponevano, nei confronti del Ministero per i Beni Culturali, una domanda di annullamento, per errore essenziale e riconoscibile, di un contratto di compravendita avente per oggetto

---

<sup>31</sup> Sul tema si vedano, senza pretese di completezza, G. AMORTH, *In tema di errore nella compravendita di opere d'arte antiche*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 679; A. CACCIA, *L'errore e l'inadempimento nella compravendita di dipinti antichi*, in *Vita not.*, 1985, p. 993 ss.; P. L. CARBONE, *La vendita di opere d'arte non autentiche*, in *Giur. It.*, 1994, p. 411; R. CAMPAGNOLO, *L'errore sull'identità dell'autore nella negoziazione di opere d'arte*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 1093 ss.; F. CARRESI, *Sulla presunta aleatorietà della compravendita di opere d'arte*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948 III, p. 865 e ss.; G. DE CRISTOFARO, R. CALVO, *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, Torino 2010; F. DI RUZZA, *Vendita d'opera d'arte non autentica e risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 520; M. COSTANZA, *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Padova, 1998; M. FABIANI, *Riproduzione di opera d'arte non autenticata dall'autore e diritto di paternità intellettuale*, in *Giur. it.*, 1985, I, p. 81 ss.; M. FARNETI, *op. loc. cit.*; A. FRAGOLA, *Il falso d'autore*, in *Dir. d'aut.*, 1980, p. 259 ss.; S. GATTI, *L'opera d'arte figurativa in un unico esemplare fra diritto di proprietà e diritto d'autore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 1ss.; R. SACCO, *L'errore sulla paternità del quadro*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, p. 192 ss.

<sup>32</sup> Sul problema delle erronee attribuzioni, con particolare riferimento alle opere c.d. dormienti, cfr. A. L. BANDLE, *op. loc. cit.*

<sup>33</sup> Cfr. Cass. 2 febbraio 1998, n.985, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 1099 ss., con nota di R. CAMPAGNOLO, *cit.*

il trasferimento, a favore dello Stato, della proprietà di due statue; si trattava, rispettivamente, di una statua lignea di grandezza naturale rappresentante la Vergine col Bambino in collo, opera del Maestro della Cappella Pellegrini, sec. XV, e di una statua senese in terracotta, rappresentante S. Antonio Abate, anch'essa del XV secolo e a grandezza naturale.

Successivamente alla conclusione del contratto, però, gli attori venivano a scoprire che le due statue dovevano in realtà attribuirsi all'opera del rinomato scultore Jacopo della Quercia; ne conseguiva che esse avevano un valore economico ben superiore rispetto a quello stabilito nel contratto. La domanda di annullamento veniva rigettata sia dal Tribunale che dalla Corte d'appello di Roma: quest'ultima rilevava, in particolare, che l'attribuzione delle due opere a Jacopo della Quercia non fosse provata e che, in ogni caso, essa era stata già ipotizzata in epoca antecedente alla conclusione della vendita. I venditori, pertanto, erano astrattamente in grado di conoscere tale circostanza al momento della conclusione del contratto; inoltre, il prezzo pattuito appariva congruo e non esisteva prova dell'errore e della sua rilevanza ai fini della conclusione del negozio tra i privati alienanti e la PA acquirente.

La sentenza della Cassazione appare particolarmente significativa perché affronta analiticamente le questioni legate alla rilevanza dell'errore, individuando alcune linee guida che si rivelano utili per affrontare e risolvere anche i casi analoghi.

Il problema che si presentava di fronte ai giudici era il seguente: è possibile procedere all'annullamento del contratto per errore essenziale, ex art. 1428, n. 2 c.c., nel caso in cui si sia avuta una falsa rappresentazione dell'identità e delle qualità essenziali dell'oggetto della compravendita e tale erronea rappresentazione della realtà abbia viziato la volontà delle parti nella pattuizione del prezzo? Al quesito le Corti di merito hanno risposto con un ragionamento articolato: in primo luogo hanno rilevato che una delle caratteristiche fondamentali dell'errore consiste nel fatto che la verità o la falsità di una rappresentazione non può dipendere dal mero confronto con la realtà, perché essa è basata su una percezione umana e perché non sempre è possibile che la rappresentazione si basi su elementi realmente esistenti nel momento in cui viene posta in essere. Se, quindi, la realtà non può essere considerata il parametro in base al quale giudicare la falsità della rappresentazione, occorre individuare un criterio che sia idoneo allo scopo e tale criterio non può che essere «una relazione di difformità che intercorre tra due diversi punti di vista, egualmente riferibili a soggetti umani»; ne consegue che il concetto di errore indica «un fenomeno che assume precise dimensioni oggettive nell'ambito del rapporto sociale ed in relazione al problema della comunicazione»<sup>34</sup>. In base a questo ragionamento la Corte d'appello aveva ritenuto non provata la sussistenza dell'errore invalidante «per essere stata “incerta all'epoca del contratto” in

---

<sup>34</sup> R. CAMPAGNOLO, *op. loc. cit.*



argomento, e “ancor non del tutto certa”», nel momento del giudizio, l’attribuibilità della statua a Jacopo della Quercia. La tesi che identificava in tale artista il creatore dell’opera, infatti, non si basava su elementi documentali o dimostrabili, ma su semplici argomentazioni e indizi, idonei «a far ravvisare la scuola o la bottega dello stesso», ma non la completa realizzazione o la partecipazione dell’artista alla realizzazione dell’opera, elementi questi che, secondo la Corte di merito, restavano «comunque sempre a livello di ipotesi». I giudici d’appello osservavano inoltre che «la riferibilità a Jacopo della Quercia della creazione della statua negoziata sarebbe risultata solo all’esito di lavori di restauro sulla medesima fatti eseguire dalla p.a. compratrice», mentre dal testo del contratto di compravendita emergeva che entrambe le parti, concordemente, ritenevano la statua *de qua* come opera del Maestro della Cappella Pellegrini; da ciò appariva ragionevole desumere che i contraenti si fossero attenuti, nell’identificazione del bene compravenduto e nella determinazione del suo prezzo, «ad una valutazione di esso tale da considerare l’eventuale pregio e l’attribuibilità alla mano od alla scuola di un maestro di rilievo ed abbiano contemplato anche l’eventualità della relativa attribuzione al della Quercia».

Ben diversa, invece, l’opinione della Cassazione, secondo la quale non vi era alcuna prova che ai venditori fosse nota la riconducibilità dell’opera a Jacopo della Quercia, anzi dalla lettera del contratto si desumeva che tale attribuzione non fosse mai stata presa in considerazione dai contraenti; dal testo del contratto, infatti, si deve ritenere che le parti intesero alienare un’opera scultorea indicata come creazione del «Maestro della Cappella Pellegrini», e non da un qualsiasi altro artista», le parti, quindi, «non fecero cenno alcuno all’ipotesi che la paternità della statua negoziata fosse attribuibile a Jacopo della Quercia». Inoltre, secondo la Suprema Corte, mancavano gli elementi necessari a dimostrare la correttezza dell’assunto per cui l’entità del prezzo pattuito nella vendita sarebbe stata determinata tenendo conto che le statue fossero effettivamente opera di Jacopo della Quercia.

Un altro aspetto che la Corte prende in considerazione è legato alla mancanza di prova con riguardo all’effettiva attribuzione delle statue a Jacopo della Quercia. Tale circostanza era stata considerata determinante dalla Corte d’appello per escludere l’errore invalidante, poiché non sarebbe ancora certa la paternità delle opere vendute, che avrebbe potuto realmente coincidere con quella effettivamente individuata dai contraenti. La Cassazione, però, cassava il ragionamento della Corte di merito, evidenziando come la prova dell’attribuzione delle opere a Jacopo della Quercia fosse desumibile dal fatto che la p.a. acquirente, da oltre quattro lustri, esponesse in musei pubblici e in mostre ufficiali la scultura del Maestro della Cappella Pellegrini dichiarandola opera di Jacopo della Quercia. Tale circostanza, peraltro, eliminava ogni dubbio sul fatto che ci si trovasse di fronte a un’ipotesi di errore non riconosciuto dalla controparte che, come tale, potesse essere considerato, almeno in astratto, invalidante il contratto

ai sensi degli artt. 1427 e ss. c. c.<sup>35</sup>. Peraltro, secondo la Corte, l'essenzialità dell'errore, unita alla sua riconoscibilità, esclude la rilevanza, ai fini dell'annullamento, della scusabilità; ciò comporta che l'obiezione in forza della quale gli alienanti avrebbero potuto e dovuto rendersi conto che le statue erano attribuite a Jacopo della Quercia non aveva alcun rilievo.

La Corte ribadisce un principio già espresso in alcune risalenti pronunce<sup>36</sup>, in forza del quale, in caso di vendita di opere d'arte, «l'errore di uno, o di entrambi i contraenti sull'autenticità dell'opera negoziata e sull'effettiva identità del relativo autore può, senz'altro, dar luogo, a mente dell'art. 1428 cod. civ., alla caducazione del contratto, perché comporta che questo debba intendersi concluso per effetto di una falsa rappresentazione dell'identità e delle qualità essenziali del relativo oggetto avuta da una o da tutte e due le parti al momento della stipulazione dell'accordo».

Dalla decisione della Corte emerge che l'errore può consistere nell'ignoranza e/o falsa conoscenza della realtà di fatto, tutte le volte che essa influisce sulla volontà del contraente viziandola, ovvero ogni volta che la conoscenza della circostanza ignorata avrebbe potuto orientare la volontà del soggetto in modo difforme da quello che sarebbe avvenuto in mancanza di errore<sup>37</sup>.

È appena il caso di ricordare che, per determinare l'annullamento del contratto, l'errore deve essere essenziale e riconoscibile<sup>38</sup>; il vizio, quindi, deve assumere per il contraente un'importanza determinante secondo una valutazione oggettiva, che deve essere condotta con riguardo alla natura o all'oggetto del contratto, alla controparte, all'identità dell'oggetto della prestazione, piuttosto che a una qualità del medesimo che, secondo il comune apprezzamento, debba ritenersi determinante del consenso<sup>39</sup>. Si deve precisare, inoltre, che la riconoscibilità dell'errore deve essere valutata alla luce delle conoscenze esistenti al momento della conclusione del contratto, senza che possano venire in considerazione eventuali scoperte successive che le parti non potevano avere in mente al momento in cui concludevano l'accordo<sup>40</sup>. In proposito autorevole dottrina<sup>41</sup> ha osservato che, con riguardo alle opere d'arte, più che il fatto «paternità effettiva» rileva il fatto giuridico «stato attuale della critica sul punto

<sup>35</sup> V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1962, p. 494; R. SACCO, *Riconoscibilità e scusabilità dell'errore*, in *Riv. dir. civ.*, 1948, p. 181 ss., spec. p. 186 ss.

<sup>36</sup> Cass. 11 giugno 1942, n.1635, in *Rep. Foro it.*, voce *vendita*, n. 63 e Cass. 21 aprile 1956, n. 1220, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *vendita* n. 35.

<sup>37</sup> Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1948, p. 487.

<sup>38</sup> P. GALLO, *Il contratto*, Torino 2017, p. 716 s.

<sup>39</sup> Con riguardo alle opere d'arte si è osservato che «L'errore giuridicamente concepibile tollera solo una certezza presente e riveste i contenuti di una falsa rappresentazione soltanto rispetto a fatti conosciuti o conoscibili al momento della conclusione dell'accordo a nulla rilevando eventuali fatti sopravvenuti in termini di alterazione di una precedente *communis opinio*», così F. VOLPE, in nota a Cass. 985/1998, in *I Contratti*, 1998, p. 441 ss.

<sup>40</sup> In questo senso A. M. MUSY, S. FERRERI, *I singoli contratti I, La vendita*, in R. Sacco, *Trattato di diritto civile*, Torino 2006, p. 179 s.

<sup>41</sup> R. SACCO G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino 2016, p. 511 s.

paternità del quadro». Se si acquista un dipinto che allo stato attuale viene definito dalla critica come opera di autore ignoto o come un'imitazione, mentre in data successiva si scopre essere di autore famoso od opera autentica, giuridicamente si è verificata una trasformazione del bene<sup>42</sup>. Il fatto giudizialmente accertabile, infatti, è solo lo stato della critica all'atto della conclusione del contratto e l'errore rilevante è quello che su tale stato ricade: ne consegue che le scoperte successive sono accrescimenti, diminuzioni, trasformazioni della cosa, che, come tali, incidono sul patrimonio del proprietario, ma non sulla validità del contratto<sup>43</sup>.

Il principio affermato dalla Corte ci consente, quindi, di distinguere due ipotesi: la prima è quella di chi vende un'opera d'arte ritenendola di un autore sconosciuto, mentre in realtà si tratta dell'opera di un artista più famoso. In questa ipotesi ci si trova davanti a un errore sull'identità dell'oggetto che determina l'annullabilità del contratto. La seconda, invece, è quella in cui l'opera viene compravenduta in base a valutazioni di ordine economico che spingono uno dei due contraenti a determinate scelte; in questo secondo caso l'errore cade sul motivo per cui l'opera è stata acquistata ed è destinato a restare irrilevante, essendo ininfluenti gli errori che si riferiscono a valutazioni o a previsioni soggettive concernenti la convenienza economica dell'affare, piuttosto che gli altri elementi psicologici che determinano le scelte negoziali del contraente<sup>44</sup>.

La sentenza che abbiamo analizzato ci offre qualche spunto per risolvere anche il caso inverso, ossia quello dell'opera attribuita ad autore famoso che, successivamente, si scopra essere opera di bottega o realizzata da un artista diverso e meno noto o, addirittura, si scopra essere falsa<sup>45</sup>. Anche in questo caso, come nel precedente, infatti, si potrà chiedere l'annullamento per errore se, al momento in cui il contratto fu concluso, l'attribuzione dell'opera non era assolutamente pacifica in base alle conoscenze degli storici dell'arte; mentre nell'ipotesi precedente è ragionevole pensare che ad agire per l'annullamento sia il venditore, desideroso di ritornare proprietario del bene alienato, in questa seconda eventualità è più probabile che ad agire sia l'acquirente che non ha più interesse a restare proprietario di un'opera realizzata da un artista diverso da quello che sperava di essersi aggiudicato<sup>46</sup>. In questa seconda ipotesi, peraltro,

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> F. FORMICA, *Errore ostativo fittizio ed errore ostativo effettivo: interpretazione ed annullabilità del contratto*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, III, p. 14 ss.; R. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano 1973.

<sup>45</sup> Sui risvolti giusprivatistici del falso artistico si veda E. JAYME, *Mercato dei falsi e diritto civile (con spunti di diritto internazionale privato)*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, vol. II, Padova 2010, p.1389 ss. Sul tema dell'autenticità dell'opera d'arte si veda, invece, A. DONATI, *Autenticità, Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 987 ss.

<sup>46</sup> Con riferimento all'opera falsa e alla riduzione del suo apprezzamento, rispetto all'originale, suonano particolarmente significative le parole di J.H. MERRYMAN, *The Public Interest in Cultural Property*, in *California Law Review*, 1989, 77, p. 339 ss., il quale osservava che «When we stand before the authentic Domesday Book in the Public Record Office in London or the manuscript of Justinian's Digest in the Gregorian Library in Florence, we feel a sense of satisfaction. When we discover that the original of the Digest manuscript is kept elsewhere for protection and we have actually been looking at a reproduction,

all'acquirente si potrebbero aprire anche strade ulteriori rispetto a quella dell'annullamento per errore e cioè il ricorso al rimedio dei vizi della cosa, alla mancanza di qualità promesse o essenziali (art. 1497 c.c.), all'*aliud pro alio* o alla presupposizione e financo all'annullamento per dolo, nel caso in cui si possa dimostrare che il venditore era a conoscenza della diversa attribuzione o della falsità dell'opera, ma le abbia celate per trarre maggior profitto.

3.2 Occorre sin da subito osservare che giurisprudenza e dottrina si sono trovate spesso divise nell'individuare il rimedio più idoneo a tutelare i contraenti nel caso di opere d'arte false o non correttamente attribuite. Le opinioni oscillavano tra chi propendeva per il ricorso alla garanzia per vizi o per mancanza delle qualità e chi, invece, ritenendo tali rimedi inadeguati, posta la brevità dei termini decadenziali e prescrizione previsti dal codice, riteneva che fosse l'annullamento del contratto per errore sulla qualità dell'opera d'arte il mezzo più idoneo a proteggere i contraenti<sup>47</sup>.

La giurisprudenza, in caso di mancanza di autenticità dell'opera, non ha quasi mai fatto ricorso alla garanzia per vizi non ritenendo una tale mancanza idonea a integrare la figura del vizio redibitorio<sup>48</sup>

---

we feel cheated, no matter how accurate the reproduction might be. The magic that only the authentic object can work is dissipated».

<sup>47</sup> Cfr. Cass., 11 giugno 1942, n. 1635, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *vendita*, n. 63 che ha escluso l'applicazione della disciplina dell'inadempimento, ripiegando su quella dell'errore. Nella sentenza la Corte escludeva che la vendita di opere d'arte (nella specie un quadro antico) potesse essere inquadrata tra i negozi aleatori. La disciplina dell'errore, peraltro, consente all'acquirente di avvalersi del termine prescrizione quinquennale che decorre non già dal momento della consegna, come nel caso dei vizi, ma da quello in cui l'errore è stato scoperto (art. 1442, co. 2, c.c.). Merita richiamare la ricostruzione storica di G. CALABI e R. ZOLLINO, *Caveat emptor: come si tutelano l'acquirente e il venditore nel caso di vendita di opera d'arte non autentica*, in *Aedon* 2/2004, secondo i quali «la giurisprudenza... nel primo approccio al problema, ravvisando nella oggettiva incertezza della materia e nella difficoltà di giungere alla sicura attribuzione di un'opera ad un determinato autore un carattere di aleatorietà, respinge sistematicamente le domande di annullamento proposte dagli acquirenti, in base al principio che a causa dell'oggettiva incertezza sulla paternità di un'opera, l'errore su di essa non produce l'annullamento del contratto in quanto non rilevante, giungendo così - rifiutato anche l'inquadramento della fattispecie nella categoria dell'inadempimento sul presupposto che "il fatto che l'autore sia diverso può reagire sulla conclusione e non sulla esecuzione del contratto" - all'ingiustificato estremo di lasciare l'acquirente sprovvisto di qualsiasi tutela». Successivamente, L'orientamento che riconosce alla vendita dell'opera d'arte il carattere dell'aleatorietà - fortemente avversato dalla dottrina, convinta che l'incertezza oggettiva sulla paternità dell'opera d'arte non è in grado di incidere sulla classificazione del contratto, inficiandone il carattere commutativo e provocandone la traslazione nella categoria dei contratti aleatori - rimane isolato e viene ben presto superato». Secondo l'orientamento successivo pur «svincolato dai dettami di una valutazione volta a ricondurre la fattispecie entro i caratteri dell'aleatorietà, giunge comunque a negare tutela all'acquirente, respingendo le domande di annullamento sul presupposto che l'incertezza oggettiva sulla paternità dell'opera rende l'errore sulla stessa irrilevante». Si affermava, infatti che «L'errore deve essere innanzitutto essenziale. [...] Astrattamente non può esservi dubbio, dottrina e giurisprudenza concordi riconoscono, che per un'opera d'arte l'autenticità sia qualità sostanziale indipendentemente dall'influenza che possa avere sul suo valore; ma occorre anche considerare che l'errore presuppone una obiettiva certezza sulla sostanza della cosa, e tale elemento manca nella determinazione dell'autore di un'opera d'arte quando non soccorrano elementi probatori documentali e dati storici che consentano di stabilire con assoluta certezza la paternità. Non può pertanto essere fatto valere come causa di annullamento del contratto l'errore in cui una parte pretenda di essere incorsa circa la paternità di un'opera d'arte di cui è controverso l'autore» (Cfr. Trib. Milano 12 giugno 1947, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 193.).

<sup>48</sup> In questo senso si veda Cass., 26 gennaio 1977, n. 392, in *Mass. giust. civ.*, 1977. È appena il caso di precisare che il termine vizio va inteso anche come mancanza di conformità ai sensi della disciplina in materia di vendita di beni di consumo. Secondo Cass. 27 novembre 2018, n. 30713, in *Resp. civ e prev.* 2019, p. 1288 ss. se «La negoziazione, avvenuta come genuina, di *res* poi rivelatesi false appartiene propriamente alla categoria dell'*aliud pro alio*», la diversa ipotesi della «falsità della data costituisce

o del difetto di conformità (art. 130 cod. cons.)<sup>49</sup>, ma preferendo di gran lunga fare ricorso all'*aliud pro alio* o all'annullamento del contratto per errore. La presenza di un errore riguardo all'autenticità dell'opera oggetto di compravendita e/o all'identità del suo autore, infatti, può comportare l'annullamento del contratto e il conseguente obbligo di restituire il prezzo pagato e le spese sostenute a causa del contratto<sup>50</sup>. Perché si possa avere l'annullamento del contratto occorre, evidentemente, che l'errore sia essenziale, ossia determinante il consenso secondo un parametro oggettivo e riconoscibile. La riconoscibilità dell'errore, come si è già detto, deve essere verificata alla luce di quelle che sono le conoscenze tecniche al momento della conclusione del contratto, mentre le conoscenze acquisite successivamente dagli storici dell'arte non incidono sulla validità del contratto, né giustificano l'esercizio dell'azione per garanzia dei vizi, salva, ovviamente, la presenza di clausole contrattuali di segno contrario<sup>51</sup>.

È appena il caso di precisare che occorre distinguere tra l'errore di chi acquista un'opera ritenendola d'autore, mentre non lo è, e chi, invece, acquista un'opera autentica, ignorando che le quotazioni dell'autore sono scese. Nel primo caso si ha un errore sull'identità dell'oggetto del contratto che, come tale, è rilevante; nel secondo, invece, ci si trova di fronte a un errore di valutazione soggettivo, che va considerato rientrante nel rischio normalmente insito nella circolazione delle opere d'arte, ma che non può essere considerato rilevante ai fini dell'annullamento del contratto<sup>52</sup>.

A partire dagli anni Sessanta, peraltro, in caso di mancanza del requisito dell'autenticità dell'opera, la giurisprudenza ha cominciato a fare ricorso al rimedio dell'inadempimento contrattuale *ex art.* 1453 c.c., soggetto alla prescrizione decennale<sup>53</sup>. In proposito in dottrina si è osservato che «nel mercato dell'arte la nozione di genere è applicata in modo improprio, come si evince dal fatto che semplici mutamenti di qualità legittimano l'applicazione dell'art. 1453 c.c. ancorché le discrasie tra dato e dovuto siano di per sé insufficienti a giustificare la riconduzione della *res tradita* in una diversa categoria merceologica»<sup>54</sup>.

---

mero vizio redibitorio».

<sup>49</sup> Sull'applicabilità della disciplina in materia di vendita di beni di consumo al mercato dell'arte si vedano R. CALVO, *Vero e falso nel prisma dei sistemi di diritto continentale*, in R. Calvo, M. G. Chiavazza, a cura di, *L'autenticità degli strumenti ad arco*, Torino 2010, p. 2 e s.

<sup>50</sup> Cfr. App. Bologna, 4 gennaio 1993, in *Dir. aut.*, 1993, p. 487.

<sup>51</sup> Così A. M. MUSY, S. FERRERI, *op. loc. cit.*

<sup>52</sup> R. CAMPAGNOLO, *op. cit.*, p. 1093.

<sup>53</sup> Così Cass., 14 ottobre 1960, n. 2737, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1914 ss. e da ultimo Cass. 25 gennaio 2018, n. 1889, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 633 ss., secondo la quale «Agli effetti previsti dall' art. 2935 c.c. , il termine di prescrizione del diritto dell'acquirente alla risoluzione del contratto ed al risarcimento del danno, derivante dalla vendita di *aliud pro alio*, decorre non dalla data in cui si verifica l'effetto traslativo, ma dal momento in cui, rispettivamente, ha luogo l'inadempimento e si concreta la manifestazione oggettiva del danno, avendo, cioè, riguardo all'epoca di accadimento del fatto lesivo, per come obiettivamente percepibile e riconoscibile, e non al dato soggettivo della conoscenza della mancata attuazione della prestazione dovuta e del maturato diritto risarcitorio da parte del creditore, conoscenza che potrebbe essere colpevolmente ritardata pure per incuria del medesimo titolare del diritto».

<sup>54</sup> R. CALVO, *op. loc. cit.*

3.2.1. Un caso parzialmente diverso è quello del venditore che garantisca espressamente l'autenticità dell'opera compravenduta: in questa ipotesi, infatti, la fattispecie può essere agevolmente inquadrata come vendita di *aliud pro alio*<sup>55</sup>, poiché ci troviamo di fronte a una cosa sostanzialmente diversa da quella che era stata inizialmente pattuita e promessa<sup>56</sup>. Tale differenza legittima la richiesta di risoluzione del contratto per inadempimento ex art. 1453 c.c.: il venditore, infatti, risulta inadempiente rispetto all'obbligo di trasferire all'acquirente il diritto su un'opera d'arte determinata e individuata in base all'autore<sup>57</sup>.

In questo senso si è orientata la Cassazione<sup>58</sup> nel caso Carracci che vedeva contrapposti un antiquario e un suo cliente. Nel caso di specie, un quadro intitolato *La fuga in Egitto*, veniva attribuito da un'*expertise* ad Annibale Carracci. Una volta entrato in possesso del quadro, però, l'acquirente si rendeva conto che non si trattava di un'opera originale e chiedeva la risoluzione del contratto invocando la disciplina dell'*aliud pro alio*, essendo ormai decorsi i termini di cui all'art. 1495 c.c. La Cassazione accogliendo la tesi dell'acquirente, affermò che la dazione di un quadro apocrifo rientra nella nozione di *aliud pro alio* e che la colpa del venditore «non può essere esclusa dalla buona fede in senso oggettivo», il che è a dire che l'errore intorno alla provenienza dell'opera *non excusat* quando l'inesatta conoscenza della realtà sarebbe stata evitabile usando l'ordinaria diligenza, che deve essere valutata in base al grado di competenza del venditore<sup>59</sup>.

La giurisprudenza ha riconosciuto l'*aliud pro alio* anche nel caso di un'opera autentica, ma rimaneggiata pesantemente, in modo da non essere più corrispondente all'originale concepito dall'artista. In questa ipotesi il ricorso all'*aliud pro alio* si giustifica per il fatto che l'opera d'arte può reputarsi realmente autentica soltanto se corrisponde integralmente a quella creata dall'autore, mentre se è stata modificata, anche solo in parte, non è più quella creata dall'artista<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Cfr. Cass., 27 novembre 2018, n. 30713, *cit.*, p. 1288 ss. e Cass. 1 luglio 2008, n. 17995, in *Giust. civ. Mass.* 2008, p. 1071, secondo la quale «La cessione di un'opera d'arte falsamente attribuita ad artista che in realtà non ne è stato l'autore costituisce una ipotesi di vendita di *aliud pro alio*, e legittima l'acquirente a richiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del venditore, ex art. 1453 c.c.». Per Cass. 14 novembre 1983 n. 2457, in *Giur. it.* 1985, I, 1, 25 l'acquirente di un quadro venduto come opera d'autore e risultato poi non autentico può chiedere la risoluzione del contratto.

<sup>56</sup> Cass. 14 ottobre 1960, n. 2737 in *Giur. it.*, 1961, p. 4.

<sup>57</sup> Cfr. Cass. 1 luglio 2008, n. 17995, *cit.*

<sup>58</sup> Cass. 3 luglio 1993, n. 7299, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 410 ss.

<sup>59</sup> Cfr. R. CALVO, *op. ult. cit.*, p. 38 e s.

<sup>60</sup> Cfr. Cass. 8 giugno 2011, n. 12527, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1559 ss., secondo la quale: «La cessione di un'opera d'arte pur autentica, ma modificata e rimaneggiata in modo tale da non essere più corrispondente all'originale concepito dall'artista, costituisce una ipotesi di vendita di *aliud pro alio*, giacché soltanto nell'integrale consistenza in cui è stata creata dall'autore l'opera d'arte può reputarsi genuina, posto che l'essenziale sua unitarietà fa rifluire sul tutto la non autenticità anche solo di una parte. Ne consegue che l'acquirente è legittimato a richiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del venditore, ex art. 1453 c.c.».

Se attualmente la giurisprudenza tende a escludere l'applicazione della disciplina dei vizi o della mancanza di qualità, prediligendo quella della risoluzione per inadempimento o dell'annullamento per errore, occorre soffermarsi sui criteri che consentono di stabilire quale delle due discipline risulti applicabile in concreto. L'inquadramento della fattispecie in una disciplina, piuttosto che nell'altra, discende dall'atteggiarsi in concreto della volontà delle parti: si dovrà accertare, infatti, se, nel caso specifico, i contraenti abbiano implicitamente o esplicitamente indicato la paternità dell'opera nell'oggetto del contratto. In caso positivo, si aprirà la strada alla risoluzione del contratto per inadempimento, qualora, invece, la paternità dell'opera sia stata solo presunta dalle parti al momento della conclusione del contratto, incidendo sul processo di formazione della volontà contrattuale, ma non formando oggetto di specifici obblighi, si aprirà la strada all'annullamento del contratto per la presenza di un vizio del consenso<sup>61</sup>.

In entrambe le ipotesi l'acquirente potrà ottenere anche il risarcimento del danno<sup>62</sup>. Nel caso di risoluzione del contratto il danno risarcibile comprenderà l'interesse contrattuale positivo (restituzione del prezzo e risarcimento del lucro cessante). La giurisprudenza, peraltro, in caso di risoluzione del contratto di vendita di opera d'arte non autentica, è unanime nel ritenere che il danno risarcibile sia costituito dalla differenza tra il prezzo pattuito e il maggior valore che il quadro avrebbe avuto se fosse stato autentico<sup>63</sup>. Nel caso di annullamento del contratto, invece, il danno risarcibile è limitato al solo interesse contrattuale negativo: ne consegue che l'acquirente potrà chiedere, oltre alla restituzione del prezzo, solo il rimborso delle spese effettuate in ragione della vendita.

Il rimedio risolutorio, quindi, offre all'acquirente la possibilità di chiedere un risarcimento maggiore rispetto a quanto avviene in caso di annullamento. Ciò comporta che, per l'acquirente, sarà più desiderabile agire con l'azione di risoluzione per *aliud pro alio*, piuttosto che con quella di annullamento.

È appena il caso di sottolineare che l'acquirente che intende liberarsi dal contratto potrà agire per la risoluzione in via principale e poi, in via subordinata, chiedere l'annullamento qualora il giudice non ritenga fondata la domanda basata sull'*aliud pro alio*.

---

<sup>61</sup> Cfr. G. CALABI e R. ZOLLINO, *op. cit.*

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> In questi termini Cass., 16 aprile 1984, n. 2457, in *Mass. giust. civ.*, 1984. La massima recita: «Poiché la risoluzione del contratto per inadempimento comporta l'obbligo del contraente inadempiente di rifondere all'altra parte, a titolo di risarcimento del danno, anche il lucro che abbia perduto in conseguenza della mancata esecuzione della prestazione, non vi è dubbio che, nel caso di risoluzione, per inadempimento del venditore, della compravendita di un quadro dichiarato d'autore, rivelatosi non autentico, deve essere riconosciuto al compratore il diritto non soltanto alla restituzione del prezzo versato, ma anche al risarcimento del maggior valore che il quadro avrebbe avuto se fosse stato autentico, ma tale principio (...) in caso di colpa non può essere applicato anche per il maggior valore acquistato dal quadro dopo la vendita, che non è prevedibile». Si veda anche Cass., 14 novembre 1983, n. 2457, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 520. Sul punto cfr. E. DAMIANI, *Vendita di quadro falso e decorrenza del termine di prescrizione*, *Rass. dir. moda e arti*, 2022, p. 157 e ss., spec. p. 161.

3.2.2. Sebbene non si rinvengano precedenti giurisprudenziali, un ulteriore rimedio a disposizione del contraente che intenda liberarsi dal contratto è offerto dalla presupposizione, la quale, come noto, opera come condizione tacita del contratto, consentendone la caducazione quando la circostanza comune a entrambe le parti e determinante il consenso sia venuta meno successivamente alla conclusione del contratto<sup>64</sup>. In questo caso, qualora ad agire sia l'acquirente che scopre che l'opera non è dell'autore che riteneva inizialmente, occorrerà che entrambi i contraenti avessero dato per certa l'attribuzione a un determinato artista e che a entrambi fosse chiaro che il contratto veniva concluso proprio in virtù di tale paternità, la quale era considerata, seppure tacitamente, come una condizione fondamentale. Come ipotesi si potrebbe immaginare quella del collezionista di quadri della pittrice SP che acquista da un gallerista un'opera attribuita a tale artista, comunicando la volontà di procedere all'acquisto per arricchire la propria collezione. Viceversa, qualora l'opera sia stata venduta sul presupposto che si trattava del lavoro di un autore sconosciuto o minore, sarà il venditore ad avere interesse a liberarsi dal contratto e tornare in possesso del bene. In questo caso egli potrà invocare la presupposizione e affermare che il contratto è stato concluso sul presupposto, comune a entrambi i contraenti, che l'opera non fosse il lavoro di un artista noto e affermato.

Se le parti intendono tutelarsi in modo particolarmente efficace dal rischio che l'opera si scopra di autore diverso da quello originariamente pattuito, nulla vieta che esse inseriscano nel contratto clausole volte a ripartire il rischio; in questo caso, evidentemente, sarà la clausola contrattuale a individuare il rimedio o la procedura più idonea a risolvere il conflitto tra le parti.

3.5 *Aliud pro alio* e annullamento per errore sembrano essere i rimedi più idonei a risolvere anche la terza ipotesi che avevamo prospettato, ossia quella in cui l'opera sia stata riconosciuta autentica da un'*expertise*, che poi si scopre errato. Immaginiamo il caso di un gallerista o di una casa d'aste che intenda vendere un quadro e, ritenendolo opera di un pittore famoso, in assenza di firma o di altri elementi

---

<sup>64</sup> In questo senso si veda Cass. 25 maggio 2007, n.12235, in *Rass. dir. civ.* 2008, p. 1134, con commento di R. PENNAZIO. La sentenza afferma che: «La presupposizione, non attenendo all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso "esterna", che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce, specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse - ma con riconoscimento da parte dell'altra - valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale, il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso. (Nell'affermare il suindicato principio, con riferimento a vicenda concernente contratto stipulato tra il Comune di Genova e la società Italsider s.p.a. - oggi Fintecna s.p.a. - di permuta di terreno di proprietà di quest'ultima con un quantitativo - da fornirsi con consegne ripartite in 20 anni - di mc. 200 milioni di acqua industriale, da prodursi a mezzo di ivi costruendo depuratore di acque nere o altrimenti proveniente da fonti sostitutive, la S.C. ha escluso che il corretto funzionamento dell'impianto e la fornitura di acqua con le pattuite caratteristiche potessero qualificarsi come "presupposto implicito", affermandone l'inerenza viceversa alla qualità del bene)».



oggettivi che attestino la paternità dell'opera, al fine di fugare eventuali dubbi, commissioni a un noto storico dell'arte un'*expertise* che confermi l'attribuzione<sup>65</sup>. Una volta ricevuto l'*expertise*, il quadro viene posto in vendita come "opera di" e chi acquista lo fa confidando sulla veridicità della dichiarazione dello storico dell'arte ed è disposto a pagare il bene un prezzo maggiore di quanto lo pagherebbe in assenza di un certificato di garanzia proveniente da uno studioso, specie se si tratta di un esperto particolarmente affermato e quotato<sup>66</sup>. È facile comprendere come questa ipotesi finisca per essere sostanzialmente coincidente con quella precedente: anche in questo caso, infatti, l'opera viene acquistata sull'assunto che si tratti del lavoro di un determinato artista. Rispetto all'ipotesi precedente, però, sarà più facile dimostrare che il venditore era a conoscenza della paternità dell'opera e che tale paternità ha assunto carattere determinante del consenso. In caso contrario, infatti, il venditore non si sarebbe fatto carico di commissionare un'*expertise* a un professionista. Se lo ha fatto, ciò significa che intendeva trarre un particolare e ulteriore profitto dall'attribuzione dell'opera a quel determinato autore. Anche in questo caso, però, affinché l'acquirente possa esperire un rimedio contrattuale, occorrerà che l'*expertise* non sia espressione effettiva dello stato dell'arte della critica; in altre parole si dovrà valutare se, alla luce delle informazioni in possesso degli storici dell'arte al momento in cui l'esperto ha espresso la sua opinione, l'opera avrebbe potuto essere oggettivamente attribuibile alla mano dell'autore individuato nell'*expertise*.

Un esempio piuttosto efficace con riferimento al ruolo giocato dall'*expertise* nel mercato dell'arte è offerto dal *Salvator Mundi*, recentemente venduto da *Christie's* per la cifra record di 450 milioni di dollari, e attribuito, secondo una contestata perizia della casa d'aste, a Leonardo da Vinci. È evidente che chi ha acquistato il dipinto per quella cifra lo ha fatto confidando sulla veridicità di quanto affermato dagli storici dell'arte ai quali la casa d'aste ha commissionato l'*expertise*. Nel caso in cui, un domani, si dovesse accertare, come attualmente sembra, che il quadro non è opera di Leonardo, ma di autore meno noto, non è improbabile che l'acquirente si determinerà ad agire nei confronti della casa d'aste per liberarsi dal contratto concluso, anche perché la perizia della casa d'aste non può affatto considerarsi pacifica e condivisa alla luce delle conoscenze degli storici dell'arte, tanto che molti esperti hanno dichiarato che il

---

<sup>65</sup> Sul tema appare di notevole interesse il testo a cura di A. L. BUNDLE e F. ELSIG, *Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art: de la pratique des experts aux aspects juridiques*, LGDJ 2018.

<sup>66</sup> In proposito C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino 1962, p. 303, osserva che per il difetto di qualità non è sufficiente che l'opera sia dichiarata e venduta come di un certo autore noto, ma occorre che il venditore abbia fatta come propria tale attribuzione. La semplice dichiarazione che l'opera è stata attribuita a un certo autore non implicherebbe, secondo l'illustre autore, che il venditore ne garantisca l'autenticità. La tesi appare corretta sul piano teorico, ma all'atto pratico può risultare problematico distinguere la linea di confine che separa il venditore che si limita a riportare l'attribuzione, da quello che, riportando enfaticamente l'attribuzione e sperando di incidere sulla volontà dell'acquirente, finisca di fare propria l'attribuzione. In proposito P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, in *Tratt. Scialoja-Branca*, Bologna 1981, p. 245 osservano che le formule "attribuito" o "attribuibile" se non implicano la garanzia di autenticità, dovrebbero comunque comportare la «garanzia di un fatto storico», ossia che la critica attendibile attribuisce l'opera ad un certo autore.

quadro non può essere di mano leonardesca. In una simile eventualità, le assicurazioni date da *Christie's* sull'autenticità dell'opera, sia nel catalogo dell'asta che sul proprio sito, potranno evidentemente essere utilizzate per dimostrare l'impegno, assunto dalla casa d'aste, di vendere un'opera originale del genio vinciano, nonostante mancasse il consenso unanime degli storici dell'arte sull'autenticità dell'opera.

Anche in questo caso il rimedio più funzionale per liberare il contraente dal rapporto negoziale sembra essere la disciplina dell'*aliud pro alio*; tuttavia, qualora il termine prescrizione decennale sia già decorso, si potrà sempre fare ricorso all'annullamento per errore.

Generalmente nel mercato dell'arte, sono rari i casi nei quali, in mancanza di una certezza assoluta, l'opera viene attribuita in modo indiscusso a un grande artista e si preferisce fare ricorso a *escamotage* più sottili, come, per esempio, quello di attribuire l'opera, magari anche di scarso o nullo pregio artistico, alla cerchia o alla bottega di un determinato artista famoso. In questo modo, senza dichiarare espressamente che l'opera è di un autore di fama, chi vende spera di godere della rendita del nome, senza però correre il rischio che comporterebbe un'attribuzione diretta.

3.6. Resta da analizzare l'ultima delle possibili situazioni in cui le parti possono venirsi a trovare durante il commercio di opere d'arte e cioè quella in cui l'acquirente riconosca il particolare pregio dell'opera e, approfittando dell'ignoranza del venditore, la acquisti per un valore molto inferiore a quello di mercato. L'ipotesi non è così peregrina e nella pratica si verifica con una certa frequenza. Pensiamo al caso, già accennato, delle opere d'arte dormienti, che non vengono riconosciute dal venditore o al caso di chi, avendo ricevuto in eredità una collezione di opere d'arte, ma, non sapendo cosa farsene, si rivolga a un antiquario o a un gallerista per farla valutare e questi, accortosi del valore delle opere, le valuti molto meno del loro prezzo di mercato, offrendosi di acquistarle e liberando gli eredi dall'onere di occuparsi ulteriormente della collezione ricevuta. Ancora si può immaginare l'ipotesi dell'antiquario che, durante la visita in un cascinale, veda un mobile di pregio che si offre di comprare per poche decine di euro da un contadino che non ne riconosce il valore del bene e accetta l'offerta. In tutte queste ipotesi ci si deve chiedere se il generale dovere di correttezza e buona fede, che, in forza degli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c., ispira tutto il diritto contrattuale, imponga alla parte più informata di non profittare dell'ignoranza della controparte, oppure se prevalga la libertà negoziale e ciascuna delle parti sia tenuta a supportare il rischio del cattivo utilizzo che di tale libertà abbia fatto.

Nel caso dell'esperto acquirente di cose d'arte, che si accorge del maggior valore dell'oggetto che gli viene offerto per poca moneta e tace tale circostanza, la dottrina tende a escludere che si possa ipotizzare una violazione del dovere d'informazione: il contraente, infatti, non può pretendere di essere informato sulle qualità e sul valore della cosa che egli stesso offre in vendita. Ogni contraente deve

provvedere autonomamente alla tutela dei propri interessi e non può lamentarsi per il cattivo utilizzo che abbia fatto della propria libertà contrattuale<sup>67</sup>. Si potrebbe dubitare della bontà di una tale conclusione soltanto nel caso in cui il venditore abbia richiesto una valutazione al professionista e questi svaluti i beni al fine di poterli poi acquistare a un prezzo infimo.

La mancanza di precisi obblighi informativi in capo alla parte maggiormente competente e informata non significa, però, che il contraente che sia stato indotto in errore o sia stato vittima di raggiri, resti privo di tutele: qualora la condotta dell'acquirente sia stata tale da integrare gli estremi dell'induzione in errore, della reticenza o del dolo, infatti, il venditore potrà agire in giudizio per chiedere l'annullamento di un contratto che è stato concluso in forza di un consenso viziato. All'atto pratico, quindi, per determinare la presenza o l'assenza di un rimedio in capo al contraente ingannato, sarà determinante la buona o mala fede della controparte contrattuale.

In proposito merita sottolineare come la giurisprudenza, a differenza della dottrina, tenda a largheggiare nella tutela del contraente ingannato. Un precedente giurisprudenziale sembra dimostrare questa convinzione: un architetto si rivolse a un rigattiere che aveva aperto da poco la propria attività, cercando "qualcosa di interessante". Il rigattiere proponeva delle tavole lignee che l'architetto fece visionare a un esperto, il quale lo rassicurò sul fatto che si trattava di opere di pregio riconducibili alla scuola veneta. L'architetto, senza informare il venditore, procedette all'acquisto che, successivamente, fu impugnato dal rigattiere accortosi del maggiore valore del bene. La Corte d'appello di Roma<sup>68</sup> annullò la vendita ritenendo che l'acquirente avesse approfittato dell'errore della controparte e avesse agito con una malafede tale da rasantare l'inganno<sup>69</sup>. Come si vede, il confine tra diritto a tacere le proprie conoscenze e obbligo di contrarre in buona fede, non profittando dell'ignoranza altrui, può rivelarsi labile all'atto pratico; mentre la dottrina sembra più accondiscendente verso chi tace, imponendo alla parte meno

---

<sup>67</sup> In questo senso E. GUERINONI, *op. cit.* p. 19.

<sup>68</sup> Corte d'appello di Roma 23 novembre 1948, in *Riv. dir. comm.*, 1949, p. 192 ss., con nota di R. SACCO, *L'errore sulla paternità del quadro*, *cit.*

<sup>69</sup> Soluzioni analoghe sono registrabili anche in altri ordinamenti. In Francia, ad esempio, Cass. 1ère civ. 16 octobre 1979, in *Gazette du Palais*, 1980, *Somm.*, 60 ha annullato la vendita di un quadro attribuito dagli esperti alla "scuola di", mentre poi si è scoperto essere opera autentica di Fragonard. La decisione della Cassazione faceva leva sul fatto che l'acquirente del dipinto era uno degli esperti che, in prima battuta, aveva contestato l'attribuzione a Fragonard, sminuendo il valore dell'opera. Sul caso si veda J. CHATELAIN, *L'objet d'art, objet de droit*, in *Études offertes a Jacques Flour*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois 1979, p. 63 ss. Prima dell'*affaire Fragonard* la Cassazione francese si era già pronunciata in termini analoghi nel caso Poussin (Cass. 22 février 1978, in *Rec. Dalloz Sirey Hebd.*, 1978, *Jur.* p. 601). La fattispecie sottoposta alla Corte riguardava un quadro giudicato opera della scuola di Carraccio e offerto in vendita a prezzo modesto. Lo Stato francese esercitava la prelazione sul quadro e lo esponeva nei musei nazionali come opera di Poussin. La Corte d'appello negava l'annullamento del contratto osservando che era mancante la prova dell'attribuzione a Poussin e che, con riguardo alle opere d'arte, un'incertezza nell'attribuzione è spesso inevitabile. La Cassazione, invece, ammise che potesse configurarsi un vizio della volontà nel caso in cui si fosse accertato che i venditori fossero convinti che l'opera non potesse essere di Poussin, la causa veniva quindi rinviata alla Corte d'appello perché accertasse tale elemento. Probabilmente in questa ipotesi la Corte ha ritenuto sospetta la circostanza che lo Stato abbia esercitato la prelazione ed esposto il quadro nei musei nazionali ritenendo che si trattasse di un'opera di maggior pregio e omettendo di informare il venditore. Sui due casi si veda A. MUSY, S. FERRERI, *op. cit.*, p. 179, nota 89.

informata di documentarsi prima di concludere il contratto, la giurisprudenza appare più rigorosa nel fare ricorso al principio di buona fede per sanzionare l'acquirente che abbia profittato dell'asimmetria informativa.

3.6.1. Diversamente stanno le cose con riferimento agli *sleepers*. Per *sleeper* si intende un'opera d'arte o un oggetto antico che è stato sottovalutato e identificato in modo errato a causa di una svista o di un errore dell'esperto che lo ha valutato e che, di conseguenza, viene venduto all'asta per un prezzo molto inferiore a quello che avrebbe se fosse stato correttamente riconosciuto

Per qualificare un'opera come *sleeper* devono concorrere tre requisiti cumulativi: in primo luogo, si deve trattare di un'opera d'arte o di un oggetto d'antiquariato; in secondo luogo, il bene deve essere venduto all'asta e, infine, la casa d'aste deve essere responsabile dell'attribuzione errata e sottovalutata<sup>70</sup>. Nonostante l'errata attribuzione, però, un acquirente particolarmente attento e competente è in grado di riconoscere la mano dell'artista che ha realizzato l'opera e riesce ad aggiudicarsela per un valore molto inferiore rispetto a quello che essa avrebbe avuto se attribuita correttamente al suo autore. Ovviamente se lo *sleeper* è riconosciuto da molti potenziali acquirenti il suo valore salirà avvicinandosi a quello di mercato, mentre se esso è riconosciuto soltanto da pochi sarà possibile acquistarlo per una somma relativamente modesta.

In questo caso ci si deve chiedere se il venditore che ha consegnato il bene alla casa d'aste possa agire chiedendo l'annullamento, invocando l'errore di attribuzione, o se tale facoltà gli sia preclusa. Nel caso dell'opera dormiente l'acquirente scommette su una sua intuizione e sull'autenticità dell'opera, accettando il rischio di un possibile errore di valutazione, quindi la strada dell'errore sembra da escludere e il rimedio a tutela del venditore non sarà nei confronti dell'acquirente, ma della casa d'aste, alla quale potrà essere chiesto il risarcimento del danno derivante da una valutazione errata e non sufficientemente attenta del bene che le è stato consegnato.

3.7. È noto che molte delle opere che circolano sul mercato dell'arte sono delle copie di originali. Ovviamente, ai nostri fini, non si pone nessun problema qualora la copia venga immessa sul mercato come tale: in questo caso è evidente che l'acquirente accetta di comprare un falso. Diversa è invece l'ipotesi nella quale la copia venga ceduta come originale: in questo caso può accadere che il venditore sia consapevole del fatto, oppure sia anche egli convinto che l'opera è originale.

---

<sup>70</sup> A. L. BUNDLE, *op. cit.*, p. 7 e s.

Con riguardo alla prima ipotesi, qualora l'acquirente riesca a dimostrare la truffa della quale è stato vittima, potrà fare ricorso alla disciplina del dolo e ottenere l'annullamento del contratto. Nel caso in cui, invece, egli non riesca a provare l'elemento soggettivo della truffa, per liberarsi dal contratto, potrà fare ricorso alla disciplina dell'errore o dell'*aliud pro alio*. È appena il caso di precisare che, se il venditore vende consapevolmente l'opera falsa al prezzo corrispondente al valore dell'esemplare autentico, ci troviamo di fronte a una vera e propria reticenza, la quale, a prescindere dal ricorso alla disciplina del dolo, dell'errore o dell'inadempimento, costituisce violazione di un obbligo informativo e come tale potrà essere sanzionata sotto il profilo risarcitorio<sup>71</sup>.

Nel caso in cui il venditore ignorasse la falsità dell'opera che ha venduto, invece, si verifica un'ipotesi del tutto analoga a quella dell'opera attribuita a un autore diverso e meno importante rispetto a quello reale. I rimedi fruibili dall'acquirente saranno quindi l'annullamento del contratto per errore o il ricorso all'*aliud pro alio*, purché, però, la falsità, al momento della conclusione del contratto, fosse riconoscibile da un venditore diligente. Se la falsità, invece, ha potuto essere accertata solo in un momento successivo, facendo ricorso a tecniche nuove, che al momento in cui il contratto è stato concluso non erano disponibili, pare corretto ritenere che, analogamente a quanto avviene con l'attribuzione erronea e successivamente corretta per i progressi della critica storico-artistica, il rischio della falsità ricada sull'acquirente.

Si immagini un'ipotesi analoga a quella delle teste di Modigliani, falsificate e gettate nel Fosso Reale di Livorno, ritrovate e attribuite da autorevoli storici dell'arte all'artista. In un caso come questo, se le teste fossero state vendute dal ritrovatore, ci si potrebbe chiedere se l'acquirente, una volta scoperto il falso, avrebbe potuto agire nei confronti del venditore chiedendo l'annullamento del contratto. La risposta appare positiva almeno nel caso in cui, al momento della conclusione del contratto, gli esperti e gli storici dell'arte non fossero stati unanimemente convinti dell'autenticità. Viceversa se, nel momento in cui il contratto veniva concluso, la convinzione unanime della critica fosse stata che l'opera era autentica, il rischio che, in un momento successivo, venisse scoperta la sua falsità sarebbe dovuto gravare sull'acquirente, al quale non sarebbero attribuibili rimedi nei confronti del venditore.

4. Resta da chiedersi in quanto tempo si prescrivano i rimedi che sono stati individuati e quale sia il *dies a quo* dal quale il termine di prescrizione comincia il suo decorso.

I termini prescrizionali variano al variare del rimedio invocato: qualora si faccia ricorso alla disciplina dei vizi nella vendita il termine prescrizionale sarà di un anno (art. 1495 c. 3 c.c.; nel caso in cui

---

<sup>71</sup> Cfr. E. GUERINONI, *Buona fede contrattuale e obblighi di informazione*, in *PMI*, 2007, p. 17 ss., spec. p. 19.

si invochi un difetto di conformità, ai sensi dell'art. 132 primo comma cod. cons., il termine sarà invece di due anni), purché sia stata effettuata la denuncia del vizio nei termini decadenziali indicati dall'art. 1495 primo comma c.c. (o 132 comma 2 cod. cons.); se, invece, il rimedio invocato è l'annullamento del contratto il termine prescrizione sarà di cinque anni (art. 1442 c.c.); infine, se la parte che agisce ricorre all'*aliud pro alio* opererà il termine prescrizione ordinario di dieci anni (art. 2946 c.c.).

Oltre a un diverso termine prescrizione anche il *dies a quo* dovrà essere individuato in modo diverso a seconda del differente rimedio invocato: nell'ipotesi di vizio (difetto di conformità) o di *aliud pro alio* la prescrizione comincia il suo decorso con la consegna del bene. Con riferimento ai vizi e al difetto di conformità è la legge a indicare nel momento della consegna il momento in cui inizia la prescrizione (artt. 1495 c.c. e 132 cod. cons.). Un termine prescrizione così breve, in un settore in cui la scoperta del vizio difficilmente è immediata, finisce per rendere praticamente inutilizzabile (e di fatto inutilizzata) la disciplina dei vizi (o del difetto di conformità).

Nel caso di *aliud pro alio*, invece, è stata la giurisprudenza a individuare nella consegna il momento in cui la prescrizione comincia il suo decorso. Una recente ordinanza della Suprema Corte<sup>72</sup> ha affermato, ribadendo peraltro quanto già affermato in precedenza dalla stessa Corte<sup>73</sup>, che in caso di vendita di un quadro non autentico, qualificabile come vendita di *aliud pro alio*, il diritto a richiedere la risoluzione e il conseguente risarcimento del danno è assoggettato alla prescrizione ordinaria decennale che inizia il suo decorso nel momento della consegna del bene. In tale momento, secondo la Corte, si verifica l'inadempimento, senza che possa assumere rilevanza la circostanza che l'acquirente non fosse a conoscenza della falsità del bene e ciò perché, ai fini della sospensione del termine prescrizione, rileva soltanto l'impossibilità che derivi da cause giuridiche e non quella che consegue a impedimenti soggettivi o ostacoli di mero fatto, posto che, nel nostro ordinamento, il principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* opera in maniera limitata (cfr. artt. 2935 e 2941 c.c.).

In dottrina non manca chi, correttamente, critica una tale ricostruzione ritenendo che «il riferimento che la Cassazione fa al momento in cui si è verificato l'inadempimento con coeva produzione del danno, secondo una valutazione oggettiva, piuttosto che al momento in cui l'acquirente ha avuto contezza di tale circostanza relativa alla mancata attuazione della prestazione dovuta, in base ad una valutazione soggettiva»<sup>74</sup> debba essere corretta attraverso una «interpretazione "adeguatrice" dell'art. 2935 c.c. che tenga conto anche di elementi di tipo fattuale, che il *dies a quo* per il decorso del termine di

---

<sup>72</sup> Cass. 14 Gennaio 2022, n. 996, in *Rass. dir. moda e arti*, 2022, p. 157 e ss., con osservazioni di E. DAMIANI, *Vendita di quadro falso e decorrenza del termine di prescrizione*, cit.

<sup>73</sup> Cass. 9 novembre 2012, n. 19509, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 463 ss.

<sup>74</sup> E. DAMIANI, *op. cit.*, p. 161.

prescrizione venga individuato nel momento in cui risulti possibile all'acquirente la conoscibilità della non autenticità dell'opera»<sup>75</sup>.

Il decorso del termine prescrizione, nel caso in cui venga invocato l'annullamento del contratto per dolo o per errore, comincia, invece, nel momento in cui il dolo o l'errore vengono scoperti (art. 1442 secondo comma c.c.) e ciò rappresenta sicuramente uno dei motivi per cui la disciplina dell'errore sia quella che, nella prassi, viene più frequentemente invocata: è infatti altamente probabile che la mancanza della qualità, considerata essenziale per la conclusione del contratto, venga scoperta a distanza di molto tempo dalla conclusione del contratto o dalla consegna del bene e che quindi gli altri rimedi siano già tutti prescritti.

5. Il valore di mercato di un'opera d'arte è determinato dal suo autore e dal fatto che si tratti di un originale. Un'opera di autore sconosciuto, per quanto possa essere pregiata, difficilmente raggiungerà le grandi cifre, lo stesso è a dirsi per la copia di un'opera famosa, salvo che non sia realizzata essa stessa da un grande autore. Corretta attribuzione e originalità sono quindi aspetti fondamentali, oltre che questioni estremamente delicate per il mercato dell'arte. Purtroppo spesso chi vende o acquista opere d'arte scopre che il bene che ha acquistato o che ha venduto non è quello che intendeva acquistare o vendere e che il prezzo pattuito non corrisponde al reale valore del bene. In tutti questi casi il contratto che si è concluso non appare più l'equa composizione di opposti interessi che era inizialmente; non sempre, però, il diritto offre dei rimedi alle parti che intendano eliminare gli effetti del negozio che hanno voluto in precedenza.

Talvolta ai contraenti non sono riconosciuti rimedi, ma la successiva scoperta dell'errata attribuzione piuttosto che della falsità sono trattate alla stregua di comuni sopravvenienze, il cui rischio ricade sulla parte. In linea di massima, infatti, come si è detto, il diritto non tutela i contraenti se l'opera, nel momento in cui il contratto è stato concluso, secondo la critica unanime degli storici dell'arte, non poteva essere attribuita al suo autore o la paternità non poteva essere contestata.

Qualora, invece, la critica fosse incerta sull'attribuzione, i rimedi esperibili dalle parti sono la risoluzione del contratto di vendita per inadempimento (*aliud pro alio*) o l'annullamento per errore. Ovviamente l'*aliud pro alio* è un rimedio a beneficio del solo acquirente, il venditore, qualora si accorga di aver venduto un'opera di valore, ritenendola erroneamente di scarso pregio potrà invocare unicamente la disciplina in materia di annullamento del contratto a causa di un errore essenziale sulla qualità dell'oggetto del contratto.

---

<sup>75</sup> *Ibidem*.

Il rimedio dell'*aliud pro alio*, peraltro, può presentare un ulteriore aspetto problematico con riferimento al termine prescrizione: spesso, infatti, la scoperta dell'attribuzione errata avviene a distanza di molto tempo dalla conclusione del contratto e quindi il termine di prescrizione ordinario decennale può non essere sufficiente a garantire una tutela all'acquirente. In questo caso l'unico rimedio disponibile sarà l'annullamento per errore o, nel caso in cui sia possibile dimostrare l'inganno del venditore, l'annullamento per dolo.

Data la brevità del termine prescrizione e decadenziale, invece, i rimedi ordinari in materia di vendita (risoluzione del contratto o riduzione del prezzo) difficilmente potranno entrare in gioco e, infatti, nei massimari giurisprudenziali i precedenti nei quali le corti hanno qualificato l'errata attribuzione o la falsità dell'opera come un vizio del bene sono assai poco frequenti e confinati a ipotesi estremamente marginali quali, ad esempio, la scorretta indicazione della data di realizzazione di un dipinto<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Cfr. ad es. Cass. 27 novembre 2018, n. 30713, *cit.*



## Problematizing the (deep)fake Self in Fashion for AI Governance

*Daria Onitii*

Postdoctoral researcher - University of Oxford

Imagine you being the protagonist in a movie where you, feeling trapped in a mirror, rip your clothes off, intending to create a rupture between the self and your reflection. This scene illustrates the character's dialectic experience, entailing the management of appearance and self-perception. It is a metaphorical embodiment of the character experiencing an inherent conflict – how shapes and presence are mirrored- and between the seen and unseen, the objective and subjective reality. Imagine now, how the characters' actions in a more contemporary setting, are shaped by AI techniques reproducing a so-called deepfake entailing the individual's image, whereby algorithms perform the actions' metaphorical significance, including disruptions between the body, the clothing, and self-perception.

This paper argues for a closer inspection of the interactional implications of deepfakes in fashion, focusing on the inter-relationship between the individual and technology performing narratives in fashion, and with particular reference to the EU Commission's proposal for a Regulation on Artificial Intelligence.

SUMMARY: 1. Fake Authenticity. 2. Mirrored Fakery. – 3. A Rupture for AI in fashion and governance. 4. Prohibiting subjective reality. – 5. Towards Snowf()akes. – 6. Exhausted identity and concluding thoughts.

1. Synthetic media technologies transcend the spheres of intended and unintended uses of technology.<sup>1</sup> Advancement of unsupervised deep learning techniques allow for the proliferation of deepfakes altering the transmission or creation of information in video, audio, or text for their viewers.<sup>2</sup> The paradox with deepfakes is that whilst the internals work based on an adversarial game within a constrained latent space,<sup>3</sup> their representations illustrate contradictory narratives: a political fact including a sincere lie, an intended action of revenge porn including unintended intimidation, or an honest testimony including fabrication of facts. With the proliferation of deepfakes, the question arises how to articulate the proliferation of synthetic content including the degrees of permissible and impermissible “fake authenticity”.

When we look at commercial deepfakes, such as the RefaceAI Application, which allowed end-users face swapping with fashion brands' branded content, we see that the goal of advancements in deep learning

---

<sup>1</sup> As argued by Nina I Brown, ‘[a]s deepfake technology matures and improves, it can potentially be abused in myriad ways’, see NI. BROWN, *Deepfakes and the Weaponization of Disinformation*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 20120, p. 9.

<sup>2</sup> Y. MIRSKY and W. LEE, *The Creation and Detection of Deepfakes: A Survey*, in *ACM Computing Surveys*, 2021, p. 1-2.

<sup>3</sup> K. DE VRIES, *You never fake alone. Creative AI in action*, in *Information, Communication & Society*, 2020, p. 2114.

enables the *approximation of* realistic content.<sup>4</sup> In particular, this technology works with Generative Adversarial Networks (GANs) which is a method of unsupervised learning, involving two neural networks pitted against each other to generate results ‘that are convincing enough that the second neural network believes the [output] are examples from the real world...’.<sup>5</sup> Katja de Vries provides an illuminating discussion of the GAN’s adversarial process, which she describes as looking like a ‘sadistic game’ between the generator learning to produce an output that could overcome the hurdle of, let’s say a “face of a famous celebrity”, without knowing the parameters of how that celebrity could look like, and the discriminator who needs to expose the output as real or fake.<sup>6</sup>

Many popular application areas of GANs in fashion focus on fashion design, but there are other emerging contexts,<sup>7</sup> where we see the proliferation of deepfakes in the fashion domain. For example, the fashion brand “Zalando” developed a campaign entailing the model Cara Delevingne to create alternative voice fonts and shots for personalised advertising back in 2018.<sup>8</sup> Moreover, the Fashion Innovation Agency, Superpersonal and Hanger developed a virtual try-on application that allows consumers to ‘believably visualise themselves’ within the brand’s ad campaigns on their mobile phones.<sup>9</sup>

What policymakers are grappling with the most when confronted with commercial deepfakes is how to regulate the “fake” in the reproduction of reality.<sup>10</sup> This is because there are many practical dangers to the proliferation of synthetic media technology, whereby deepfakes can accelerate fake news and micro-

<sup>4</sup> This was a collaboration between the RefaceAI application and the luxury fashion brand ‘Gucci’ back in 2020; B. ROBERTS-ISLAM, *Why Fashion Needs More Imagination When It Comes To Using Artificial Intelligence*, in *Forbes* of 21 September 2020 [www.forbes.com/sites/brookeroberthislam/2020/09/21/why-fashion-needs-more-imagination-when-it-comes-to-using-artificial-intelligence/?sh=503929233f63](https://www.forbes.com/sites/brookeroberthislam/2020/09/21/why-fashion-needs-more-imagination-when-it-comes-to-using-artificial-intelligence/?sh=503929233f63); C. MALLEY, *We Can All Be The Next Face of Gucci — Thanks to Deepfakes*, in *HYPEBEAST* of 4 September 2020 <https://hypebeast.com/2020/9/reface-ai-deepfakes-artificial-intelligence-fashion-interview>.

<sup>5</sup> L. LUCE, *Artificial Intelligence for Fashion How AI is Revolutionizing the Fashion Industry*, Berkeley California (US), 2018, p. 134; see also, S. SYLVESTER, *Don’t Let Them Fake You Out: How Artificially Mastered Videos Are Becoming the Newest Threat in the Disinformation War and What Social Media Platforms Should Do About It*, in *Federal communications law journal.*, 2021, p. 373.

<sup>6</sup> K. DE VRIES, *You never fake alone. Creative AI in action*, cit., p. 2114- 2115.

<sup>7</sup> L. LUCE, *Artificial Intelligence for Fashion How AI is Revolutionizing the Fashion Industry*, cit., p. 14; K. SOHN, C. EUYOUNG SUNG, G. KOO and O. KWON, *Artificial intelligence in the fashion industry: consumer responses to generative adversarial network (GAN) technology*, in *International Journal of Retail & Distribution Management.*, 2020, p. 62-63; C. STOKEL-WALKER, *AI can change a fashion model’s pose and clothing*, in *New Scientist.*, 2021, p. 18.

<sup>8</sup> K. CHITRAKORN, *How deepfakes could change fashion advertising*, in *Vogue Business* of 11 January 2021 [www.voguebusiness.com/companies/how-deepfakes-could-change-fashion-advertising-influencer-marketing](https://www.voguebusiness.com/companies/how-deepfakes-could-change-fashion-advertising-influencer-marketing).

<sup>9</sup> FIA, SUPERPERSONAL and HANGER, *Using “Deep-Fake” Virtual Try-On To Bring LFW Attendees Into Fashion Presentations*, in *Fashion Innovation Agency* [www.fialondon.com/projects/hanger-x-superpersonal/](http://www.fialondon.com/projects/hanger-x-superpersonal/); see also, J. BURTON, *The Changing Face Of Fashion - How Virtual Fashion Is Going To Make The Unimaginable Real: e chat to the head of London College of Fashion’s Innovation Agency, Matthew Drinkwater, about fashion of the future. All-digital clothes, here we come*, in *Huffpost* of 3 September 2020 [www.huffingtonpost.co.uk/entry/the-changing-face-of-fashion-how-virtual-fashion-is-going-to-make-the-unimaginable-real\\_uk\\_5eeca00dc5b6c1f6518b2087](https://www.huffingtonpost.co.uk/entry/the-changing-face-of-fashion-how-virtual-fashion-is-going-to-make-the-unimaginable-real_uk_5eeca00dc5b6c1f6518b2087).

<sup>10</sup> M. WESTERLUND, *The Emergence of Deepfake Technology: A Review*, in *Technology Innovation Management Review.*, 2019, p. 42; J. KIETZMANN, LW LEE, IP MCCARTHY and T. ENKERLIN, *Deepfakes: Trick or treat?*, in *Business Horizons.*, 2020, p.136; compare with A. YAMOKA-ENKERLIN, *Disrupting Disinformation: Deepfakes And The Law*, in *New York University Journal of Legislation and Public Policy.*, 2020, p. 728.

targeting techniques, non-consensual pornography, identity theft, and reputational damage, to name a few.<sup>11</sup> Nevertheless, a recent report that was requested by EU Panel for the Future of Science and Technology (STOA) equally emphasises the positive uses of synthetic content, such as educational uses or examples of deepfakes uses for satire.<sup>12</sup> However, how we should promote the positive uses of deepfakes, such as enabling more diverse representations of body shapes regarding fashion ad campaigns, whilst oppressing any harmful uses, such as potential bias uses of this technology, remains an unanswered question.

The aspects of unreality in synthetic content is not readily discernible to the human eye, nor do an observer's beliefs develop around objective facts.<sup>13</sup> Indeed, the role of AI techniques- from the use of algorithms to direct disinformation campaigns during the U.S election in 2016 and based on the Facebook user's "fashion taste" for avant-garde brands, to the fashion retailers' avatar-creation for targeted ads<sup>14</sup>- all these illustrate that the proliferation of evolving technology including deepfakes could transcend many contexts, without clear boundary lines of sensitivity and risk of harm, beyond truth and falsehood. Accordingly, many risks are based on the acceleration and accessibility of deepfake technology, whereby there are no benchmarks to assess the output's reliability, truthfulness, and objectivity in individual circumstances. What follows is that many are concerned that deepfakes will challenge our 'visual experience' with regard to 'any kind of information, whether true or false' (emphasis added).<sup>15</sup>

My thesis is that our concern with deepfakes is our ability to maintain the authenticity of our dialectic experience of truth and falsehood including the approximations of replicated reality in synthetic content. This is because the GAN's "cat and mouse" game to distinguish between fake and real for authenticity paradoxically moulds into peoples' perceptual beliefs of a narrative that is fake and authentic at the same time. In doing so, I believe that actually a distinction between objective and fabricated facts for regulating harmful uses of technology is an illusionary one with regard to deepfakes in fashion. This is because an individual's immersive experience – as a reproduced identity in a deepfake- is neither true nor false but

---

<sup>11</sup> See also, D. LU, *Dubbing with deepfakes*, in *New Scientist.*, 2019, p. 8.

<sup>12</sup> M. VAN HUIJSTEE, P. VAN BOHEEMEN, D. DAS, L. NIERLING, J. JAHNEL, M. KARABOGA, M. FATUN, L. KOOL and J. GERRITSEN, *Tackling deepfakes in European policy*, in *Panel for the Future of Science and Technology (STOA)* of 30 July 2021, p. 26; see also, B. VAN DER SLOOT and Y. WAGENSVELD, *Deepfakes: regulatory challenges for the synthetic society*, in *Computer Law & Security Review.*, 2022, p. 3-4

<sup>13</sup> D. FALLIS, *The Epistemic Threat of Deepfakes*, in *Philosophy & Technology.*, 2021, p. 625; see also, KR. HARRIS, *Real Fakes: The Epistemology of Online Misinformation*, in *Philosophy & Technology.*, 2022, p. 11-12.

<sup>14</sup> M. FERRIER, *Christopher Wylie: 'The fashion industry was crucial to the election of Donald Trump'*, in *The Guardian* of 29 November 2018 [www.theguardian.com/fashion/2018/nov/29/christopher-wylie-the-fashion-industry-was-crucial-to-the-election-of-donald-trump](http://www.theguardian.com/fashion/2018/nov/29/christopher-wylie-the-fashion-industry-was-crucial-to-the-election-of-donald-trump); J.PEREIRA, *Deepfakes and Fashion Advertising*, in *Medium* of 1 March 2021 <https://medium.com/futurists-club-by-science-of-the-time/deepfakes-and-fashion-advertising-bc99d308357e>.

<sup>15</sup> DG. JOHNSON and N. DIAKOPOULOS, *What to do about deepfakes*, in *Communications of the ACM.*, 2021, p. 33; M. VAN HUIJSTEE, P. VAN BOHEEMEN, D. DAS, L. NIERLING, J. JAHNEL, M. KARABOGA, M. FATUN, L. KOOL and J. GERRITSEN, *Tackling deepfakes in European policy*, cit., p. III.

can involve narratives that are harmful to self-perception. Not having the space to interrogate these contradictory beliefs leads to the practical consequence of deepfakes in the commercial context we should be worried about, and that goes beyond the need to detect and expose “false content”.

2. How do re-assess the implications of deepfake for the individual and society? It is important to begin with a fundamental misconception of the implications of deepfakes for AI governance, to elaborate on my thesis above. In particular, deepfakes in fashion requires us to move away from a conception of controlling a “mirrored fakery” of the self and consider the interactional implications of AI techniques for the inter-relationship between clothing, body and self-perception.

Let us focus on two examples to investigate some aspects of transparency regarding deepfakes in fashion. Consider an individual interacting with a virtual try-on application and engaging with the algorithms’ realistic pattern, capturing the individual’ s face, small mannerisms, and combining the person’ s features with an approximate representative body including the brand’ s ads.<sup>16</sup> This “recombinant version of the self” sustains the end user’ s experience shaping and being shaped by deepfakes. In particular, it raises interesting questions concerning what form of information disclosure establishes the link between the ‘ authentic or truthful’ self and the ‘ artificially generated or manipulated’ content.<sup>17</sup>

Conversely, consider an individual interacting with a virtual try-on application and being shown a “disturbing” approximation of the self, including algorithms exaggerating the person’ s mannerisms, and features in relation to the brand’ s ads on beauty advice and cosmetic surgery.<sup>18</sup> In this example, we see how “fashion” (i.e. the material components attached to the reflected body), being culturally informed by the technologies’ negotiation of the mirrored self, still plays a driving action in the individual’ s perception of appearance. Algorithmic infrastructures may evoke knowledge production and attribution beyond the end-users awareness.<sup>19</sup> However, deepfakes add another dimension to the way technology mediates the substance of fashion based on the meanings attached to the individual’ s virtual presence.

---

<sup>16</sup> See also, FIA, SUPERPERSONAL and HANGER, *Using "Deep-Fake" Virtual Try-On To Bring LFW Attendees Into Fashion Presentations*, cit.; K. BARON, *Digital Doubles: The Deepfake Tech Nourishing New Wave Retail*, in *Forbes* of 29 July 2019 [www.forbes.com/sites/katiebaron/2019/07/29/digital-doubles-the-deepfake-tech-nourishing-new-wave-retail/?sh=d7c15124cc7b](http://www.forbes.com/sites/katiebaron/2019/07/29/digital-doubles-the-deepfake-tech-nourishing-new-wave-retail/?sh=d7c15124cc7b).

<sup>17</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS. COM/2021/206 final. 21 April 2021, art 52 (3).

<sup>18</sup> See also, A. HOUSTON, *Ad of the Day: Dove deepfakes highlight toxic beauty advice on social media*, in *The Drum* of 27 April 2022 [www.thedrum.com/news/2022/04/27/ad-the-day-dove-deepfakes-highlight-toxic-beauty-advice-social-media](http://www.thedrum.com/news/2022/04/27/ad-the-day-dove-deepfakes-highlight-toxic-beauty-advice-social-media).

<sup>19</sup> See for instance, M. HILDEBRANDT and B.-J. KOOPS, *The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era*, in *Modern Law Review*, 2010, p. 428; D.M.C. QUILLAN, *Data Science as Machinic Neoplatonism*, in *Philosophy & Technology*, 2018, p. 262.

Whether labelling requirements of the deepfake need to highlight these socially and culturally concealed values, such as beauty standards on cosmetic surgery, that is another compelling question that needs to be examined. Further, how do we re-assess the contours of the social and cultural notions of fashion informing impermissible uses of technology, is an additional element that should inform discourse on the socio-legal implications of deepfakes.

Both examples show how neural networks resemble the individuals' performative role of "fashion" to manage and perceive appearance, but those algorithmic approximations direct the individuals' interactional presence within a social and cultural construct, based on neural nets' enablers learning from the training data. A more compelling concern is the deepfake's dynamics of the re-combinations of fashion on the individual and whether a rupture between the person and the mirrored self gives rise to the implications of synthetic technologies' manipulating individual behaviour. Kati Chitrakorn describes that deepfakes in fashion allow fashion brands to tailor content using more representative notions of different body shapes or skin tones, but those "mirrored identities" can create the individual to develop a sense of 'psychological ownership' of the 'extensions of themselves' and being nudged to 'buy more products, at higher prices, and even to willingly promote those products among their friends'.<sup>20</sup>

The real question here is not *only* about promulgating information disclosure requirements exposing "recombinant identities", but on a fundamental level, we need to ask ourselves whether an end-user can effectively control fragments of self that are simultaneously mirrored whilst containing fabricated narratives on fashion, such as notions on the "representative body shape"? Hence, can we demand a sense of control of the mirrored fakery of the self, which only relies on our *subjective* experience?

This question brings us to an inherent conflict, which is our desire to control the truthfulness of an artificial embodiment of the self, whilst acknowledging that the metaphorical significance of deepfakes to replicate "fashion" is only a tiny aspect of our management and perception of appearance. It is a metaphorical embodiment of the individual experiencing an inherent conflict – how shapes and presence are mirrored- and between the seen and unseen, the objective and subjective reality which needs to be protected from the outset.

What follows is that our focus needs to be on the interactional implications of deepfakes, rather than the deepfake's factual representation of the self. This is the misconception on tackling commercial deepfakes for AI governance in that trustworthiness depends on our beliefs or the statistical significance attached

---

<sup>20</sup> K. CHITRAKORN, *How deepfakes could change fashion advertising*, cit.; reference to, CP. KIRK, *How Customers Come to Think of a Product as an Extension of Themselves*, in *Harvard Business Review* of 17 September 2018 <https://hbr.org/2018/09/how-customers-come-to-think-of-a-product-as-an-extension-of-themselves>.

to truthfulness and fabrication.<sup>21</sup> Whilst I acknowledge the value of this approach with regard to the *intentional* use of deepfakes to accelerate political disinformation, reputational damage, or identity theft, I do feel that with deepfakes in personalisation and advertising we need to develop further guidelines for regulation. Two aspects are difficult to prove, as well as detect algorithmically, which are the *vulnerability* of the subject and the inauthenticity of the content. The first point is an issue with regard to commercial deepfakes in fashion, advertising and personalisation, whereas the second concern hints at solutions of technical impossibility to comprehensively find the ‘silver bullet’ detecting deepfakes.<sup>22</sup>

Hence, I see the interactional implications of deepfakes in promoting contradictory narratives *about* an individual’s subjective reality, such as a fashion brand promoting products suiting the end-users face and mannerisms adapted to social and cultural narrative. We need to pay closer attention to the deepfake’s disruptions between the body, clothing, and self-perception for AI governance. In other words, we need to address how can we regulate deepfakes in fashion for end-users to control, focusing on (i) vulnerability regarding the interactive experience and, (ii) the inauthenticity of the dialectic content, in order to create a rupture between the self and your reflection. Both aspects will be examined by discussing the EU Commission’s proposal for a Regulation on Artificial Intelligence (AI Act proposal) including the relevant provisions on synthetic content.<sup>23</sup> In addition, I shall consider the Council of the European Union’s compromise text from the 6<sup>th</sup> of December 2022 (Council General approach), which illustrates the most recent version at the time of writing.<sup>24</sup>

3. The AI Act proposal creates an inherent tension in assessing the interactional implications of deepfakes, precluding a nuanced approach to the risks of this technology in the fashion domain. This raises the question of how we should problematise the role of deepfakes –as a technology shaping the

<sup>21</sup> Compare with K. DE VRIES, *You never fake alone. Creative AI in action*, cit., p.2119.

<sup>22</sup> A. ELIAZAT, *European and UK Deepfake Regulation Proposals Are Surprisingly Limited*, in *Adolfo Eliazat* of 6 April 2022 <https://adolfoeliazat.com/2022/04/06/european-and-uk-deepfake-regulation-proposals-are-surprisingly-limited/>; I. SAMPLE, *What are deepfakes – and how can you spot them?*, *The Guardian* in 13 January 2020 [www.theguardian.com/technology/2020/jan/13/what-are-deepfakes-and-how-can-you-spot-them](http://www.theguardian.com/technology/2020/jan/13/what-are-deepfakes-and-how-can-you-spot-them); compare with J. HSU, *Deepfake detector could protect world leaders*, in *New Scientist*, 2022, p. 10; indeed, there are research challenges regarding the detection of fake audio as illustrated in Z. ALMUTAIRI and H. ELGIBREEN, *A Review of Modern Audio Deepfake Detection Methods: Challenges and Future Directions*, in *Algorithms*, 2022, p. 18; consider also the results of the so-called Deepfake Detection Challenge (DFDC) dataset that was published by Facebook AI and which highlights that ‘[d]eepfake detection is extremely difficult and still an unsolved problem’, see B. DOLHANSKY, J. BITTON, B.PFLAUM, J. LU, R.HOWES, M.WANG and C. CANTON FERRER, *The DeepFake Detection Challenge (DFDC) Dataset*, in ArXiv of 28 October 2020 <https://arxiv.org/pdf/2006.07397.pdf>.

<sup>23</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS. COM/2021/206 final. 21 April 2021.

<sup>24</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach. 2021/0106(COD)-14954/22, 25 November 2022.

inter-relationship between identity, body, and appearance- - from a governance perspective to ensure notions of trustworthy AI.<sup>25</sup>

The AI Act proposal illustrates a top-down approach to AI governance in that it provides a restrictive view to the functional requirements of harmful deepfakes as well as an ambiguous view on the way technologies' substantive aspects need to be addressed. An important aspect of the AI Act proposal is its risk-based approach, distinguishing between requirements for high-risk systems, specific systems requiring transparency obligations, prohibited practices and all other AI systems that are of minimal risk.<sup>26</sup> Whilst a risk-based approach allows to capture evolving threats and unintended uses of technology, this is a methodology that evolved with open-ended standards focusing on the definitional aspects of prohibited practices and transparency obligations in the AI Act proposal.<sup>27</sup> A bottom-up approach concerning a risk-based methodology should clearly outline how deepfakes amplify vulnerabilities and which concrete measures are necessary to ensure meaningful control regarding the individual' s approximations of replicated reality in synthetic content. For instance, a risk-classification methodology needs to include those voices who are impacted and endured by the way technology shapes "fashion"- from civil society to the fashion designer working with AI- to complement a contextual approach to AI governance.<sup>28</sup> The AI Act falls short of this nuance based on a lose classification between limited risk systems and prohibited practices.

As highlighted above, the regulation of deepfakes in fashion requires an understanding of how to balance between the uses of technology, whilst looking at the metaphorical embodiment of deepfakes that shaping the end-user' s interactional experience. This requires us to debunk two important elements of the AI Act proposal including its risk-based approach to address issues of end-user vulnerability and inauthenticity dialectic experience regarding deepfakes. I am going to examine first the role of unacceptable uses of technology in Article 5 (1) (a) – (b) prohibiting a narrow view of subjective reality applicable to synthetic content technology.<sup>29</sup> Then, I will discuss the way the AI Act proposal promulgates a patchwork of "snowflakes" for the regulation of commercial deepfakes (in fashion).

---

<sup>25</sup> On the notion of trustworthy AI, please see High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 8 April 2019, p. 2.

<sup>26</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., Explanatory Memorandum; see also, N. ERIKSSON, *Europe draws up regulations to control AI risks*, in *World today*, 2021, p. 5.

<sup>27</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit.

<sup>28</sup> L. EDWARDS, *Regulating AI in Europe: four problems and four solutions*, in *Ada Lovelace Institute* of 31 March 2022, p.11.

<sup>29</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND

4. The AI Act proposal highlights that some actions entailing the misuse of technology for ‘manipulative, exploitative and social control practices’ should be banned as ‘they contract Union values...fundamental rights, including the right to non-discrimination, data protection and privacy and the rights of the child’.<sup>30</sup> Having said that, whilst emergent risks can only be witnessed incrementally, the ‘cascading impacts’ of deepfake technology ‘is not limited to a single type or category of risk, but rather to a combination of cascading impacts at different levels’.<sup>31</sup> As rightly observed by Natalie Smuha, Emma Ahmed-Rengers, Adam Harkens et al, ‘[f]uture uses of AI systems can be hard to predict, and it seems premature to permanently fix the list of prohibited AI practices’.<sup>32</sup> An important question is whether we can effectively identify the manner some manipulative AI techniques practices create a spill over effect altering an individual’s subjective reality with regard to a sensory stimuli.

Having said that, the AI Act proposal’s definition of prohibited practices only creates some soft lines among some contextual uses of technology, whilst leaving out the complexity of synthetic content technology in the commercial context. An important omission in Article 5’s definition of prohibited practices is to account for the different nuances of risks regarding commercial deepfakes.<sup>33</sup> In this respect, Article 5 (1) (a)- (b) of the AI Act proposal lists several contexts whereby a deepfake *could* ‘reasonably likely cause a person...physical or psychological harm’ when that technology is employing ‘subliminal techniques beyond a person’s consciousness [and] *in order to materially* distorting a person’s behaviour’ or when the tool is exploiting an individual’s specific vulnerabilities relating to a disability, or age

---

AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 5 (1) (a), art 5 (1) (b); compare with, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., amendment 1.3, art. 5 (1) (a), art 5 (1) (b).

<sup>30</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., Recital 15; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., Recital 15.

<sup>31</sup> M. VAN HUIJSTEE, P. VAN BOHEEMEN, D. DAS, L. NIERLING, J. JAHNEL, M. KARABOGA, M. FATUN, L. KOOL and J. GERRITSEN, *Tackling deepfakes in European policy*, cit., p. IV.

<sup>32</sup> NA. SMUHA, E. AHMED-RENGERS, A. HARKENS, W. LI, J. MACLAREN, R. PISELLI and K. YEUNG, *How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act*, in SSRN of 31 August 2021 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3899991](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3899991), p. 20; see also, G. SHARKOV, C. TODOROVA and P. VARBANOV, *Strategies, Policies, and Standards in the EU Towards a Roadmap for Robust and Trustworthy AI Certification*, in *Information & Security*, 2021, p.15.

<sup>33</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS. cit., art 5.



(emphasis added).<sup>34</sup> The Council General approach alters the provision's requirement of 'intent', highlighting that the practices may include subliminal techniques or exploit vulnerabilities 'with the objective to *or the effect*' to materially alter individual behaviour and causing tangible harm (emphasis added).<sup>35</sup> Moreover, the Council General approach to the AI Act proposal further adds to the list of vulnerabilities with regard to technology, including practices that exploit 'a specific group of persons ... due to their social or economic situation'.<sup>36</sup> Whilst this reasoning enables us to establish some boundary work in how deepfakes can undermine an individual's autonomy of choice and produce systematic risks of bias,<sup>37</sup> these provisions do not give a conclusive answer of *when* the AI techniques *supporting* deepfakes should be banned in practice whilst interacting with the end-user(s).

In particular, one may not easily locate the extent the 'manipulation of reality' relates to the end user's ability to 'resist' any subliminal components in synthetic technologies,<sup>38</sup> as well as considering that the AI Act proposal does not define degrees of physical or psychological harm. The AI Act proposal focusing on the 'audio, image, [or] video stimuli' directing the consumers' conscious awareness does not highlight the degrees of manipulation that should be subject to an outright ban.<sup>39</sup> Indeed, the Council General

<sup>34</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 5 (1) (a), art 5 (1) (b).

<sup>35</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., art 5 (1) (a), art 5 (1) (b); consider other legislative frameworks, such as the Digital Services Act (DSA), which regulates the online platforms' use of subliminal techniques and dark patterns that may 'either on purpose or in effect' materially distort user choice, decision-making and autonomy; Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). OJ L 277/1, 17 October 2022, Recital 67, art 25 (1), art 25 (3); it is important to note that the Digital Services Act considers dark patterns which are not captured by other legislative frameworks including the General Data Protection Regulation, and the Unfair Commercial Practices Directive, European Data Protection Board, *Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them*, adopted 14 March 2022 [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb\\_03-2022\\_guidelines\\_on\\_dark\\_patterns\\_in\\_social\\_media\\_platform\\_interfaces\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb_03-2022_guidelines_on_dark_patterns_in_social_media_platform_interfaces_en.pdf); European Commission, *Commission Notice – Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*. OJ C 526 1, 29 December 2021; on the connection between subliminal techniques and dark patterns in the AI Act proposal, see F. LUPIANEZ- VILLANUEVA, A. BOLUDA, F. BOGLIACINO, G. LIVA, L. LECHARDOV and T. RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation*, in *Directorate-General for Justice and Consumers* of 16 May 2022 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-257599418>, p. 83.

<sup>36</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., art 5 (1) (b).

<sup>37</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., Recital 16.

<sup>38</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., Recital 16.

<sup>39</sup> Compare with Risto Uuk stating that '[a] stimuli would only be considered subliminal if it was presented for less than 50 milliseconds'; R. UUK, *Manipulation and the AI Act*, in *Future of Life Institute* of 18 January 2022) [https://futureoflife.org/wp-content/uploads/2022/01/FLI-Manipulation\\_AI\\_Act.pdf](https://futureoflife.org/wp-content/uploads/2022/01/FLI-Manipulation_AI_Act.pdf); reference to, MR. IONESCU, *Subliminal perception of complex visual stimuli*, in *Romanian Journal of Ophthalmology*, 2016, p. 226.

approach further adds that ‘it is not necessary for the provider or the user to have the intention to cause the physical or psychological harm, as long as such harm results from the manipulative or exploitative AI-enabled practices’.<sup>40</sup> However, this statement contradicts with the argument that a provider and user’s intention to manipulate shall not be presumed ‘if the distortion results from ‘factors *external* to the AI system which are outside of [their] control’ (emphasis added).<sup>41</sup> Hence, whilst the AI Act proposal’s definition of subliminal techniques seems broad on first sight,<sup>42</sup> its reasoning focusing on intent and degrees of harm does not give a holistic picture on the way deepfake technology may manipulate consumers beyond conscious perception. In addition, the provisions, providing an ambiguous interpretation of the users and providers’ degree of control, does clarify which design choices exemplify patterns for manipulation and which practices correlate with an individual’s perceptual experience only. One important challenge is that deepfakes are explicitly calibrated to reflect, as well as distort an individual’s beliefs.<sup>43</sup> By way of illustration, suppose a virtual avatar showing the consumer ads resembling an audiences’ demographic and language.<sup>44</sup> One important factor is that the virtual avatar may drive user impression management to the degree of what *ought* to be a reflection of the self. Nevertheless, this technology needs to alter an individual’s *subjective experience*, considering that an AI system may materially distort behaviour and (likely) causing physical and psychological harm. In other words, much will depend on how we can verify an individual’s ‘sense of affinity’<sup>45</sup> with the virtual avatar to establish a necessary degree of harm.

However, this would make the detection of ‘subliminal techniques’ with regard to deepfakes difficult in practice. This is because deepfakes already embody visible and invisible features used for subliminal messaging, such as resembling the consumer’s face and using a calming voice for personalised messaging, for example. Detangling the visibility from the invisibility in distinguishing between the end user’s

---

<sup>40</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., Recital 16.

<sup>41</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., Recital 16; Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS. COM/2021/206 final. 21 April 2021, cit., Recital 16.

<sup>42</sup> The General Approach of the Council also includes broader design choices in immersive environments, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., Recital 16.

<sup>43</sup> T. LEIGH DOWDESWELL and N. GOLYZ, *The clash of empires: regulating technological threats to civil society*, in *Information & Communications Technology Law*, 2020, p. 204.

<sup>44</sup> See D. LU, *Deepfakes are being used to dub adverts into different languages*, in *New Scientist* of 22 October 2019 [www.newscientist.com/article/2220628-deepfakes-are-being-used-to-dub-adverts-into-different-languages/](http://www.newscientist.com/article/2220628-deepfakes-are-being-used-to-dub-adverts-into-different-languages/).

<sup>45</sup> This term is taken from Masahiro Mori’s description of the ‘uncanny valley phenomenon’; see M. MORI, *The Uncanny Valley: The Original Essay by Masahiro Mori* “The Uncanny Valley” by Masahiro Mori is an influential essay in robotics. This is the first English translation authorized by Mori, in *IEEE Spectrum* of 12 June 2002) <https://spectrum.ieee.org/the-uncanny-valley>.

subjective experience from tangible harm that is ‘likely to occur’ can not be based on an individual’s subjective reality only. Rather, it would be interesting to investigate how does a virtual avatar alter an individual’s subjective experience, based on the incorporation of fashion narratives, such as adopting a certain mode communicating with end-users.

What follows is that Article 5 (1) (a) of the AI Act proposal would tap into instances regulating an individual’s perception of subjective reality, whereby the extent and likelihood of physical or psychological injury would be almost impossible to prove.<sup>46</sup> Referring back to our example regarding the virtual avatar; how would an end-user when interacting with a deepfake conveying a “calming voice” know that the avatar’s actions are *not* down to his or her perceptual experience that caused a prolonged shopping addiction?

Article 5 (1) (b) of the AI Act proposal focuses on the intent to drive the end -user’s assumed characteristics, whereby the Council General approach similarly modified it to correspond to other regulatory frameworks including the Unfair Commercial Practices Directive .<sup>47</sup> Article 5 (1) (b) of the Council General approach stipulates that an ‘AI system that exploits any of the vulnerabilities of a specific group of persons due to their age, disability, a specific social or economic situation.’<sup>48</sup> Nevertheless, it arguably extends to the implications of AI systems, as well as commercial deepfake technology that produces systematic risks including concerns of non-discrimination and bias. For instance, algorithmic personalisation can cause price discrimination, causing individuals to pay more based on their demographic characteristics, as well as inadvertently and disproportionately targeting individuals based on their ethnic background.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS cit., art 5 (1) (a).

<sup>47</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 5 (1) (b); there has been criticism that this provision significantly differs from other regulatory frameworks including the Unfair Commercial Practices Directive which may include ‘commercial practices that are also unintentionally directed towards them’ as stipulated in I. GEORGIEVA, T. TIMAN and M. HOEKSTRA, *Regulatory divergences in the draft AI act*, in *Panel for the Future of Science and Technology (STOA)* of March 2022 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729507/EPRS\\_STU\(2022\)729507\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729507/EPRS_STU(2022)729507_EN.pdf), page IV; reference to Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’). OJ L 149/22, 11 May 2005, art 5 (3); see also, VL. RAPOSO, *Ex machina: preliminary critical assessment of the European Draft Act on artificial intelligence*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2022, p. 93; compare with, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., recital 16.

<sup>48</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., art 5 (1) (b).

<sup>49</sup> See research by J. LARSON, S. MATTU and J. ANGWIN, *Unintended Consequences of Geographic Targeting*, in *Technology*

However, Article 5 (1) (b) of the AI Act proposal including the recent compromise text fall short to explicitly define the dimension of AI systems to perpetuate discriminatory outcomes.<sup>50</sup> As argued by Ilina Georgieva, Tjerk Timan and Marissa Hoekstra, the AI Act proposal ‘portrays a significant gap in the protection of persons who might be subject to AI manipulation on the basis of other protected characteristics under EU equality law, such as ethnicity, religion, race, sex...’<sup>51</sup> Indeed, an important aspect is that the AI Act proposal needs to ensure consistency with fundamental rights’ and that does not preclude us to consider the right to non-discrimination with regard to the interpretation of prohibited practices.<sup>52</sup> By way of illustration, one important point is that deepfake technology for revenge porn imply a ‘gendered dimension’, being predominantly directed to women.<sup>53</sup> Similarly, Jacquelyn Burkell and Chandell Gosse observe that deepfake technology, whilst ‘not problematic in and of itself’ is embedded within social and cultural attitudes that can solidify harmful outcomes, such as putting women at an increased risk of objectification and intimidation.<sup>54</sup>

What follows is that Article 5 (1) (b) in the Council General approach text does allow us to develop a progressive interpretative framework regarding the systematic risks of commercial deepfakes, but we need more guidance in how to define unacceptable risks, considering evolving forms of algorithmic bias and unfair treatment. This is because “clothing” – from the physical appearance in the workplace informing social conventions on gender identity to the socio-cultural norms shaping variables of attractiveness and correlating with age - is a sensory experience in itself informing human interaction in

---

Science., 2015, <https://techscience.org/a/2015090103/>.

<sup>50</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 5 (1) (b); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., art 5 (1) (b); I. GEORGIEVA, T. TIMAN and M. HOEKSTRA, *Regulatory divergences in the draft AI act*, cit., p. IV; European Digital Rights (EDRi), Access Now, Panoptikon Foundation, epicenter.works, AlgorithmWatch, European Disability Forum (EDF), Bits of Freedom, Fair Trials, PICUM, and ANEC, EU Artificial Intelligence Act for Fundamental Rights, in European Digital Rights (EDRi) of 30 November 2021 <https://edri.org/wp-content/uploads/2021/12/Political-statement-on-AI-Act.pdf>, p. 2.

<sup>51</sup> I. GEORGIEVA, T. TIMAN and M. HOEKSTRA, *Regulatory divergences in the draft AI act*, cit., p. IV.

<sup>52</sup> See also Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., Explanatory Memorandum; indeed, there has been a wave of criticism that the AI Act adopts a product-safety approach which does not illuminate on the way providers and users need to consider the implications of AI systems on fundamental rights; see Data & Society and European Center for Not-for-Profit Law, Mandating Human Rights Impacts Assessments in the AI Act, in Data & Society of 22 November 2021 <https://datasociety.net/wp-content/uploads/2021/11/HUDIERA-5-Pager-FinalR1.pdf>; compare with European Data Protection Supervisor, *Opinion 20/2022 on the Re Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union for a Council of Europe convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law*, 13 October 2022, p.2.

<sup>53</sup> B. CHESNEY and D. CITRON, *Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy and National Security*, in *California Law Review.*, 2019, p. 1773.

<sup>54</sup> J. BURKELL and C. GOSSE, *Nothing new here: Emphasizing the social and cultural context of deepfakes*, in *First Monday.*, 2019, p. 1.

real-time.<sup>55</sup> Whether deepfakes- a technology that is deemed to be a ‘catalyst for greater gender inequality’<sup>56</sup>- will solidify and create prejudices and stereotyping regarding “clothing” and “appearance” is a topic that needs to be examined in further research. Nevertheless, we need to pay closer attention to the way deepfakes may set out the parameters of “clothing”, such as by recommending clothing using the audiences’ demographic characteristics, to clarify the terms of Article 5 (1) (b) including the systematic risks of emerging technology for manipulation, bias, and exclusion.<sup>57</sup>

5. Turning to the specific transparency obligations in Article 52 (3) of the AI Act proposal,<sup>58</sup> it is important to note that we need to adopt a nuanced approach, which allows us to distinguish between the individual communicating and the deepfake “replicating” fashion narratives. Imagine a virtual avatar doing a fashion ad campaign with your favourite celebrity, promoting the new collection in sixteen different languages, and considering various demographics.<sup>59</sup> The emergence of computer-generated imaginary models – from the fashion brands’ use of the virtual influencer “Lil Miquela” posting about lifestyle choices or the model “Shudu” that was designed from the looks’ of a Barbie doll<sup>60</sup> – are illustrative to the way algorithms’ may produce fashion narratives alongside a digitally mediated reality. This is because both the “Lil Miquela” and the “Shudu” models are digitally created but the way technology portrayed the “human aspect” was based on the models’ process of self-representation such as by interacting with *various* end-users on social medial channels.<sup>61</sup>

For instance, “Shudu’ s” designer admitted that end-users mistakenly believed that the avatar was a human influencer.<sup>62</sup> The transparency obligations in Article 52 (3) of the AI Act proposal intend to

---

<sup>55</sup> ME. ROACH-HIGGINS and JB. EICHER, *Dress and Identity*, in *Clothing and Textiles Research Journal*, 1992, p. 1; Add. ADOMAITIS, R. RASKIN and D. SAIKI, *Appearance Discrimination: Lookism and the Cost to the American Woman*, in *The Seneca Falls Dialogues Journal*, 2017, p. 75.

<sup>56</sup> M. VAN HUIJSTEE, P. VAN BOHEEMEN, D. DAS, L. NIERLING, J. JAHNEL, M. KARABOGA, M. FATUN, L.KOOL and J. GERRITSEN, *Tackling deepfakes in European policy*, cit., p. 24.

<sup>57</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., art 5 (1) (b).

<sup>58</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 52 (3).

<sup>59</sup> See A.MAHDAMI, *Why Bella Hadid and Lil Miquela’s kiss is a terrifying glimpse of the future*, in *The Guardian* of 21 May 2019 <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/may/21/bella-hadid-lil-miquela-terrifying-glimpse-calvin-klein>; K. CHITRAKORN, *How deepfakes could change fashion advertising*, cit.

<sup>60</sup> A. DU PARCQ and B. LONDON, *The man behind Shudu Gram & the world’s first ‘digital supermodels’ reveals the secrets behind his stratospheric success*, in *Glamour* of 13 September 2018 [www.glamourmagazine.co.uk/article/shudu-gram-virtual-supermodels](http://www.glamourmagazine.co.uk/article/shudu-gram-virtual-supermodels).

<sup>61</sup> John Griffiths provides an illuminating outlook on how virtual, deepfake influencers interact with an audience, see J. GRIFFITHS, *Deepfake Influencers: The Future Of Fashion Advertising?*, in *Foundation* of 13 May 2022 <https://foundationagency.co.uk/blog/deepfake-influencers-the-future-of-fashion-advertising/>.

<sup>62</sup> A. NEWBOLD, *Newbold, ‘The Numerous Questions Around The Rise Of CGI Models And Influencers*, in *Vogue* of 18 August 2018

precisely avoid this dilemma by specifying user obligations that allow end-users to distinguish the “fake” from the “real”.<sup>63</sup> Article 52 (3) of the AI Act proposal lists specific transparency obligations applicable to commercial deepfakes and excluding users who are acting in a personal capacity from the provision’s scope.<sup>64</sup> The labelling requirements stipulate that ‘ [u]sers of an AI system that generates or manipulates image, audio or video content that appreciably resembles existing persons, objects, places or other entities or events and would falsely appear to a person to be authentic or truthful (‘ deep fake’ ), shall disclose that the content has been artificially generated or manipulated’ .<sup>65</sup>

The provision’s aim is seemingly clear, relating to the protection of the human subjects versus the artificial content. However, the AI Act proposal’s distinction between the provider and user concerning these transparency obligations, raises interesting questions of enforcement.<sup>66</sup> Crucially, the provision’s wording leaves the open question on who decides on the risk, considering the increasing accessibility and proliferation of software enabling the creation of synthetic content.<sup>67</sup> Article 52 (3) of the AI Act proposal only provides labelling requirements for users who ‘ shall disclose that the [synthetic] content has been artificially generated or manipulated’ , leaving out the extent providers can contribute to these transparency requirements.<sup>68</sup> Indeed, the Strengthened Code of Practice on Disinformation puts the spotlight on platform operators developing a ‘ cross-service understanding of manipulative behaviours’ of fake news or accounts including ‘ malicious deepfakes’ ,<sup>69</sup> whereas the Digital Services Act provides a

---

[www.vogue.co.uk/article/cgi-virtual-reality-model-debate](http://www.vogue.co.uk/article/cgi-virtual-reality-model-debate).

<sup>63</sup>There are exemptions to this with regard to the detection and investigation of criminal offences or the use for artistic purposes and considering the freedom of expression, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 52 (3), art 3 (4); see also, I. VAROSANEC, *On the path to the future: mapping the notion of transparency in the EU regulatory framework for AI*, in *International review of law, computers & technology*, (2022), p. 104.

<sup>64</sup>Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 3 (4); M.VEALE and F. BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law Review International*, (2021), p. 108.

<sup>65</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 52 (3); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., art 52 (3).

<sup>66</sup> M.VEALE and F. BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, cit., p. 108.

<sup>67</sup> See also commentary by Angelica Fernandez who speaks about problems of enforcement; A. FERNANDEZ, *Regulating Deep Fakes in the Proposed AI Act*, in *Media Laws: Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective* of 23 March 2022 [www.medialaws.eu/regulating-deep-fakes-in-the-proposed-ai-act/](http://www.medialaws.eu/regulating-deep-fakes-in-the-proposed-ai-act/).

<sup>68</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 52 (3); M. VAN HUIJSTEE, P. VAN BOHEEMEN, D. DAS, L. NIERLING, J. JAHNEL, M. KARABOGA, M. FATUN, L.KOOL and J. GERRITSEN, *Tackling deepfakes in European policy*, cit., p. 38.

<sup>69</sup> EU Commission, *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*, 16 June 2022 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>, p. 15- 16.

much needed incentives for large online platforms to exercise mitigating measures, detect and remove ‘illegal content’.<sup>70</sup> Whether this holistic approach will provide a comprehensive remedy to the systematic risks’ of algorithms including synthetic content technology regarding disinformation, is an aspect that will turn on the way EU regulators and large platforms will define the contours of “illegal content”.

The diversity of “fashion” allows us to think about the contours of meaningful transparency regarding fashion narratives. In this respect, mere disclosure will not assist the consumer, as identified by Michael Veale and Frederick Borgesius.<sup>71</sup> Regulating commercial content – such as the marketing of a virtual influencer- requires a balanced approach considering the intended and unintended uses of technology, and how algorithms shape fictional authenticity.

Jonathan Michael Square’ s thought-provoking perspective illuminates the way virtual content may portray “fashion narratives”. In particular, he argues that the virtual avatar “Lil Miquela”:

‘... is the product of the machinations of a design team that created a racially ambiguous woman of color whose appearance exploits wider society’ s preference for lighter skin. She also benefits from a non-White identity in this current era, in which being a person of color can afford a degree of authenticity and cachet among some internet circles. At the same time, she conforms to phenotypic preferences of mainstream society (i.e., young, thin, light-skinned, with bone-straight hair, “fine features,” normative speech patterns, and fashionable dress).’<sup>72</sup>

Synthetic content – from the model “Lil Miquela” to the deepfake utilising algorithms for personalised advertising- benefits from a ‘degree of authenticity’ irrespective of the “fictional content”. This is based on the manner deepfakes may incorporate “fashion narratives”, such as entailing a virtual avatar encompassing the facial or body features of a “young women” whilst wearing and speaking about “clothing” and “style”. The way a deepfake may project these narratives is authentic to the audience whilst being fictional in its appearance. This may create important tensions for regulation, as the mere

---

<sup>70</sup> Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act), cit., Recital 12, Recital 87, Recital 106, art 3 (h), art 34, art 35; The EU Commission has also developed specific transparency rules with regard to political advertising, see ‘European Democracy: Commission sets out new laws on political advertising, electoral rights and party funding’ (European Commission – Press release, 25 November 2021) < [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_6118](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6118)> accessed 13 January 2023; L. EDWARDS, *How to regulate misinformation*, in *Royal Society* of 25 January 2022 <https://royalsociety.org/blog/2022/01/how-to-regulate-misinformation/>.

<sup>71</sup> M.VEALE and F. BORGESIOUS, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, cit., p.108; see also, N. HELBERGER and N. DIAKOPOULOS, *The European AI Act and How it Matters for Research into AI in Media and Journalism*, in *Digital Journalism*., 2022, p. 5.

<sup>72</sup> J.M. SQUARE, *From Lil Miquela to Shudu Digital Slavery and the Twenty-First-Century Racialized Performance of Identity Politics*, in A. Kollnitz and M. Pecorari (eds), *Fashion, Performance & Performativity: The Complex Spaces of Fashion*, Bloomsbury Visual Arts, 2022, p. 135-136.

disclosure of “fake content” may not account for these nuances, and how fashion narratives shape the expression of perception and management of appearance.

6. Looking forward, it is important to build on the way deepfakes in fashion may perform actions and disruptions on an individual’s self-perception and appearance management for AI governance. This essay is not about providing a conclusive answer to the emergent threats of commercial deepfakes. Quite to the contrary, my analysis suggests that deepfake technology does not exist independently from an individual’s interactive experience, nor does human perception act only upon “fake content”. What this means is that we indeed need a nuanced approach to deepfakes, considering the way GANs may shape personalisation and advertising in fashion, and to exercise careful deliberation about the deep fakes’ metaphorical significance to shape narratives of the body, clothing, and self-perception. We need practical tools- from an interpretative framework on prohibited practices and labelling requirements in the AI Act proposal<sup>73</sup> – to enable to carve out end-user vulnerability and dialectic experience regarding the fictional representations of the self. Because deepfakes in fashion proclaim contradictory “truths” and are immersed in the individual’s performative role in fashion, I argue that we need to regulate commercial deepfakes based on the way algorithms exhaust fashion narratives, considering the individual’s perception and management of fashion.

I discussed that the AI Act proposal portrays the regulation of subjective reality, whereby technology can alter an ‘individual’s conscious experience’ to the degree that a person is likely to suffer physical or psychological harm.<sup>74</sup> However, we must note that deepfakes not only appeal to individual unconscious beliefs, such as emotions, but it is the way technology mirrors self-representation we should be concerned about. For instance, the way deepfakes in fashion can portray narratives about gender that are embedded with an individual’s appearance could give rise to a new form of “subjective neutrality” which in turn, can undermine an individual’s autonomy, as well as create new forms of bias. Exposing the role of fashion narratives by considering the interactive implications of deepfakes is one way for us to

---

<sup>73</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 52 (3); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., art 5 (1) (a)- (b).

<sup>74</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- General Approach, cit., art 5 (1) (a), art 5 (1) (b).



complement the specific transparency obligations in Article 52 (3),<sup>75</sup> as well as to preserve an individual's dialectic experience on the meanings attached to body, clothing, and perception.

---

<sup>75</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS, cit., art 52 (3).

## La natura dei *passion investments* tra attività di consumo e prodotti finanziari

FEDERICO ONNIS CUGIA

Dottore di ricerca in Dottore di ricerca in Management and Law, Università Politecnica delle Marche

Diversificare le operazioni di investimento in attività reali o di consumo attira un numero sempre crescente di investitori, specie avendo riguardo ai cc.dd. *passion investments*, investimenti in beni reali con alto valore venale. Il presente lavoro, traendo spunto da molteplici recenti arresti giurisprudenziali in ordine alla valutazione di differenti manifestazioni del fenomeno in discorso (in particolare per quanto concerne le opere d' arte), pone in evidenza gli elementi discriminatori che consentono di qualificare l' operazione come investimento avente o meno natura finanziaria per poi concentrare l' attenzione sulla qualificazione dell' attività di intermediazione svolta dalla banca nel collocamento (*rectius*, vendita) di tali beni e sui relativi profili di responsabilità.

Diversification through tangible assets is an investment strategy that attracts an ever-increasing number of investors, especially resorting to the so-called passion investments, i.e. investments in non-traditional assets with high market value. This paper, drawing inspiration from several recent judgments regarding the evaluation of different displays of the phenomenon in question (in particular as regards pieces of art), highlights the discriminatory elements that allow the operation to be qualified as an investment having or less financial nature, to then focus attention on the qualification of the intermediation activity carried out by the bank in the placement (*rectius*, sale) of these assets and on the related profiles of liability.

SOMMARIO: 1. I *passion investments*: descrizione di un fenomeno. – 2. La definizione di prodotto finanziario. La creazione di un “valore”. – 3. Operazioni di investimento aventi natura finanziaria e operazioni di investimento in attività reali o di consumo. – 4. Il rischio proprio dell' investimento avente natura finanziaria. – 4.1. (segue) I casi vagliati dalla Suprema Corte: compravendita o investimenti di natura finanziaria? – 5. Le operazioni di vendita di diamanti tramite intermediazione di istituti di credito. – 6. La gestione collettiva del patrimonio in beni d' arte: il caso degli *art funds*. – 7. La responsabilità dell' ente creditizio. – 7.1. (segue) L' offerta al pubblico e il collocamento di prodotti finanziari. – 7.2. (segue) La commercializzazione di beni rifugio quale attività connessa della banca. – 7.3. (segue) La natura della responsabilità della banca intermediaria.

1. Un' auto d' epoca, una bottiglia di vino pregiata, pietre preziose o una bella casa possono offrire un' emozione che quote di fondi di investimento, azioni e obbligazioni non potranno mai dare.

Diversificare le operazioni di investimento in attività reali o di consumo attira un numero sempre crescente di investitori, specie avendo riguardo ai cc.dd. *passion investments*, investimenti in beni caratterizzati da un alto valore venale come gli oggetti di lusso da collezione, dalle auto d'epoca ai gioielli, dalle opere d'arte agli orologi, dai vini agli strumenti musicali e così via<sup>1</sup>.

L'appetibilità di investimenti nelle varie *asset class* al fine di una diversificazione del portafoglio è resa allettante dalla correlazione bassa o negativa con i principali investimenti finanziari<sup>2</sup>. Sono beni, in una qualche misura, sottratti al consumo: il mercato dei beni di collezione è quasi un *locus amoenus* della teoria economica in cui vi sono una buona informazione ed una vera contrattazione<sup>3</sup>. Inoltre, l'investitore è spinto all'investimento dal suo certo rendimento "spirituale", nel senso che un bene da collezione, essendo passione prima ancora che ricchezza, porta a far prevalere il lato emozionale su quello economico e il bene avrà sempre un valore immateriale per chi l'ha acquistato, indipendentemente da quello venale. I *passion investment* sono dunque visti come investimenti che in un certo qual modo sfuggono da considerazioni di carattere eminentemente finanziario, assumendo (in maniera parallela, se non prevalente rispetto a queste ultime) particolare rilevanza il fattore emotivo, per cui l'investimento in beni di lusso appare affascinante per la sicurezza conferita da quelli che, nella comune opinione, vengono considerati cc.dd. beni rifugio (o *safe heaven*), che alla caratteristica della difesa del valore del capitale investito sul lungo periodo uniscono quelle della facile trasportabilità e della soddisfazione estetica e collezionistica<sup>4</sup>. Allo stesso tempo, però, non va trascurato il fatto che sono investimenti che risentono delle mode o delle

---

<sup>1</sup> Risulta emblematica l'attenzione della Soprintendenza dei Beni Culturali (in particolare, per opere d'arte e veicoli di interesse storico e collezionistico) che, in prossimità della vendita di detti beni presso case d'asta comunica di aver avviato il procedimento di dichiarazione di interesse culturale ex artt. 12 ss. d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), coi conseguenti limiti alla circolazione dei beni in ambito nazionale (artt. 53 ss. Codice dei beni culturali) e, soprattutto, internazionale (col divieto di uscita definitiva dal territorio della Repubblica ex art. 65 Codice dei beni culturali). Su queste tematiche cfr., *ex multis*, A. CIMMINO, *Alienazione di beni culturali: autorizzazione ex post e prelazione*, in *Not.*, 2020, pp. 261 ss.; D. LOI MOJTEHADI, *La dichiarazione di interesse culturale: il sindacato del giudice amministrativo tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Riv. giur. sarda*, 2017, I, pp. 526 ss.; B. MASTROPIETRO, *La dichiarazione di interesse culturale tra opponibilità e notizia*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 860 ss.; A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, in *Obbl. contr.*, 2009, pp. 162 ss.; J. BERCELLI, *Notifica e trascrizione del provvedimento di dichiarazione dell'interesse culturale tra esigenze di tutela dei beni culturali e principio di certezza dei rapporti sociali*, in *Aedon*, 2006; G. SCIULLO, *La verifica dell'interesse culturale (art. 12)*, *ivi*, 2004; G. CELESTE, *Beni culturali: prelazione e circolazione*, in *Riv. not.*, 2000, pp. 1071 ss.; R. PERCHINUNNO, *Profili privatistici e sistema di circolazione dei beni culturali: il problema della prelazione artistica*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di V. Caputi Jambrenghi, Milano, 1999, pp. 173 ss.; A. CARACCILO LA GROTTERRA, *I trasferimenti onerosi dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, Milano, 1998, *passim*. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, 22 settembre 2008, n. 4569, in *Urb. app.*, 2009, pp. 54 ss., con commento di G. DAMIANO, *La prelazione sui beni culturali*. Sui veicoli di interesse storico e collezionistico sia consentito un rinvio a F. ONNIS CUGIA, *Le criticità concorrenziali nell'organizzazione di competizioni sportive automobilistiche di regolarità*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2018, p. 212, nt. 7.

<sup>2</sup> Cfr. L. RENNEBOOG, *The Returns on Investment Grade Diamonds*, CentER Discussion Paper Series No. 2013-025, reperibile on-line nel sito internet <https://ssrn.com/abstract=2251791>.

<sup>3</sup> Il tema è ampiamente approfondito, in una chiave sociologico-economica, da L. BOLTANSKI e A. ESQUERRE, *Enrichissement. Une critique de la marchandise*, Paris, 2017, tr. it. di A. De Ritis, *Arricchimento: una critica della merce*, Bologna, 2019, *passim*.

<sup>4</sup> Così, precisamente, F. CAPRIGLIONE, *I fondi chiusi di beni d'arte*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2007, p. 413.

oscillazioni dei mercati finanziari e, pertanto, al fine di contenere i rischi propri di tali settori richiedono elevate competenze specifiche<sup>5</sup>.

La crescente affermazione della rilevanza dei beni di lusso nei mercati finanziari in senso ampio è ormai tangibile. In assenza di approfondimenti scientifici<sup>6</sup>, si deve osservare come opere d' arte, orologi, auto d' epoca, gioielli rappresentino anche una garanzia sempre più appetibile per gli intermediari, fornendo un rinnovato stimolo alle operazioni di finanziamento su pegno<sup>7</sup>. Ciò consente, da un lato, all' investitore di ottenere liquidità in tempi rapidi e senza un' indagine sul merito creditizio; dall' altro, all' intermediario di poter contare su una garanzia di elevata qualità, per quanto caratterizzata da una particolare illiquidità e dalla complessità nella determinazione del valore di mercato del bene che ne forma oggetto (con la conseguenza che il rapporto dimensionale tra importo del finanziamento e valore della garanzia si attesta tra il cinquanta ed il settanta per cento di quest' ultima)<sup>8</sup>.

Negli ultimi tempi si sono registrati molteplici arresti giurisprudenziali in ordine alla valutazione di differenti manifestazioni del fenomeno in discorso, in particolare per quanto attiene al diffuso fenomeno dell' offerta, da parte di alcune società e per il tramite del canale bancario, di diamanti presentati come "da investimento"<sup>9</sup>, con una pacifica adesione all' orientamento affermatosi nella giurisprudenza di legittimità<sup>10</sup>, per cui un' operazione è qualificabile come investimento di natura finanziaria, come tale riconducibile nel novero dei prodotti finanziari (con la correlata applicazione della disciplina in materia

<sup>5</sup> Ancora, F. CAPRIGLIONE, *I fondi chiusi*, cit., p. 413.

<sup>6</sup> Ad eccezione, con specifico riferimento al fenomeno del c.d. *art lending*, del contributo di F. BONATO, *Art-lending: osservazioni sparse*, in *IlCaso.it*, 2018.

<sup>7</sup> Nel nostro ordinamento regolato, come è noto, dall' art. 48 t.u.b.: su tale particolare operazione di credito, senza pretesa di completezza, v. B. RUSSO, *Credito su pegno*, in *Comm. t.u.b.* Bonfatti, Pisa, 2021, pp. 236 ss.; C.M. TARDIVO, *Il credito su pegno*, in *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull' estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, a cura di E. Panzarini, A.A. Dolmetta e S. Patriarca, Bologna, 2016, pp. 553 ss.; ID., *Il credito su pegno*, in *Vita not.*, 2001, pp. 620 ss.; G. FALCONE, *Protezione del credito bancario e «particolari operazioni di credito»*, Napoli, 2012, pp. 211 ss.; P. MARANO, *Operazioni di credito su pegno, soggetti abilitati ed esenzione alla revocatoria fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, pp. 102 ss.; M. PIPITONE, *Il credito su pegno nella legge fallimentare e nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, pp. 374 ss.

<sup>8</sup> Per una analisi della struttura e dimensione del mercato internazionale dei finanziamenti garantiti da beni di lusso v. l' articolo di M.A. MARCHESONI e M. PIRRELLI, *Più ricorso all' arte a garanzia dei prestiti*, in *Plus24-Il Sole 24 Ore*, 21 marzo 2020, p. 21.

<sup>9</sup> V. Trib. Modena, 11 luglio 2018, in *ExParteCreditoris.it*; Trib. Parma, 26 novembre 2018 e Trib. Milano, 8 gennaio 2019, entrambe in *Dirittobancario.it*; Trib. Parma, 21 gennaio 2019, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, II, pp. 160 ss., con nota di D. BONACCORSI DI PATTI, *Note minime sulla pretesa responsabilità della banca nella vendita di diamanti c.d. "da investimento"*; Trib. Modena, 2 aprile 2019, Trib. Genova, 11 aprile 2019 e Trib. Roma, 1° settembre 2019, tutte e tre in *ExParteCreditoris.it*; Trib. Milano, 29 ottobre 2019, in *DeJure*; Trib. Lucca, 11 novembre 2019; Trib. Modena, 19 novembre 2019, in *Dirittobancario.it*; Trib. Asti, 24 febbraio 2020, in *ExParteCreditoris.it*; Trib. Modena, 10 marzo 2020, in *IlCaso.it*; Trib. Bologna, 16 luglio 2020, in *ExParteCreditoris.it*; Trib. Lucca, 4 settembre 2020, in *Resp. civ. prev.*, 2021, pp. 1684 ss., con nota di P. VERRI, *Diamanti da (non) investimento: profili giuridici dell' operazione e responsabilità della banca che segnala l' acquisto*; Trib. Genova, 29 marzo 2021, in *Giur. comm.*, 2022, II, pp. 1240 ss., con nota di F.F. MARINO, *Contratto di commercializzazione di diamanti: responsabilità contrattuale dell' intermediario bancario tra contatto sociale qualificato e contratto di mediazione*; Trib. Milano, 8 giugno 2021, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, II, pp. 90 ss., con nota di I. GIRARDI, *Un diamante è per sempre? Collocamento di pietre preziose e responsabilità della banca*; Trib. Lucca, 26 luglio 2022, in *IlCaso.it*.

<sup>10</sup> Oltre alla recente Cass. pen., 26 ottobre 2022, n. 44378, v. Cass., 12 marzo 2018, n. 5911 e, prima ancora, Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, in *Contr.*, 2013, pp. 1205 ss., con commento di F. SAVASTA, *Natura finanziaria dei diamanti e ruolo della Consob*.

di sollecitazione), quando caratterizzata dal conferimento di una somma di denaro da parte del risparmiatore con un' aspettativa di profitto o di remunerazione e con un rischio.

Appare dunque necessario concentrare preliminarmente l' indagine se e quando operazioni di tal genere siano configurabili come offerta al pubblico di prodotti finanziari, intendendosi per tale, come è noto, ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell' offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati [art. 1, comma 1°, lett. ð), t.u.f.].

2. In primo luogo, occorre prendere le mosse dalla nozione di prodotto finanziario offerta dal t.u.f.: come è noto, sono tali, ai sensi dell' art. 1, comma 1°, lett. ù) «gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari».

La formulazione della norma, connotata da una certa vaghezza<sup>11</sup>, ha richiesto particolari sforzi esegetici da parte della dottrina<sup>12</sup>, specie attorno alla formula «investimento di natura finanziaria»<sup>13</sup>. La natura finanziaria di un investimento e la conseguente sussunzione dello stesso nella fattispecie “prodotto finanziario” consente l' applicazione di molteplici norme di settore, sia in materia di offerta fuori sede (artt. 30, commi 5° e 9°, 31, comma 2°, e 32, comma 2°, t.u.f.) e di offerta al pubblico di prodotti finanziari (artt. 94 ss. e, specialmente, l' art. 100-*bis* t.u.f.)<sup>14</sup>.

Dalla definizione di prodotto finanziario emerge in primo luogo un rapporto di *genus ad speciem* tra prodotti finanziari e strumenti finanziari: tutti gli strumenti finanziari sono prodotti finanziari<sup>15</sup>, ma non tutti i prodotti finanziari sono strumenti finanziari.

<sup>11</sup> V. G. GUIZZI, *Mercato finanziario*, in *Enc. dir.*, V Agg., Milano, 2001, p. 747. In tal senso anche Cass., 17 aprile 2009, n. 9316, in *Giur. comm.*, 2010, II, pp. 103 ss., con nota critica di A. POMELLI, *I confini della fattispecie «prodotto finanziario» nel Testo Unico della Finanza*, il quale sottolinea la eccessiva genericità della formula.

<sup>12</sup> Finanche a ritenere evidente come sia «impossibile precisare il contenuto, il significato, la portata di una nozione generale di “prodotto finanziario” ed il suo rapporto con la categoria degli “strumenti finanziari”»: così P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti finanziari»*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 145.

<sup>13</sup> Ineccepibili le osservazioni di P. FERRO-LUZZI, *L' assetto e la disciplina del risparmio gestito*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 193, secondo cui «l' essenza, la definizione della finanziarietà, sarà chiara agli economisti, certo non lo è ai giuristi».

<sup>14</sup> Cfr. V.V. CHIONNA, *Strumenti finanziari e prodotti finanziari nel diritto italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 3; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*<sup>11</sup>, 2018, p. 11. Anzi, secondo A. LUPOI, *I prodotti finanziari nella realtà del diritto: rilevanza del rischio finanziario quale oggetto dell' operazione d' investimento*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, p. 77, il prodotto finanziario appare come fattispecie regolata in funzione di altro: non sono l' oggetto di per sé di una specifica disciplina, bensì principalmente lo strumento della disciplina di altro e cioè dell' attività di raccolta di risparmio e dei servizi di investimento e dell' offerta al pubblico.

<sup>15</sup> Anzi, ad esser ancor più precisi una *species* tipizzata: così M. CERA (e S. DI VALENTIN), *Il diritto degli investimenti*, Bologna, 2015, p. 24.

Se l'individuazione dei confini della categoria degli strumenti finanziari non comporta particolari problemi, data la puntuale e tassativa individuazione degli stessi contenuta nella sezione C di cui all'allegato 1 al t.u.f. (e l'individuazione di un perimetro «inferiore», escludendo dagli stessi gli strumenti di pagamento *ex art. 1, comma 2°*, t.u.f., così come modificato dal d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129)<sup>16</sup>, appare meno agevole inquadrare la categoria aperta dei prodotti finanziari, che sicuramente ricomprende gli strumenti finanziari (e ne costituisce il limite «superiore»), ma anche le altre forme di impegno di capitali aventi natura finanziaria, presentando così – sotto il profilo contenutistico – un'estrema diversificazione. Come attentamente evidenziato in dottrina, si ha un'operazione finanziaria quando le parti programmano un'operazione che inizi e termini con il denaro, «essendo l'oggetto dell'interesse che le parti mirano a realizzare con l'operazione, oggetto che consiste nel, e si concentra sul, danaro»<sup>17</sup>.

Ma tale specificazione non è di per sé sufficiente a consentire di individuare un prodotto finanziario che non sia strumento finanziario e a permettere che esso soggiaccia alla disciplina di settore. Così fosse, entrerebbe nella nozione di prodotto finanziario qualsiasi attività speculativa. Né appare soddisfacente l'impostazione secondo cui i prodotti finanziari debbano rispondere a caratteristiche economico-giuridiche che, seppur non tali da far sì che la riconduzione alla gamma delle fattispecie tipiche degli strumenti finanziari, siano quanto meno oggettivamente analoghe a quelle<sup>18</sup>.

Ulteriore peculiarità è la natura aperta ed atecnica del prodotto finanziario che non è strumento finanziario<sup>19</sup>: ciò risponde ad una voluta scelta del legislatore, il quale non solo là dove lo ha ritenuto opportuno ha individuato precisamente cosa rientrasse in una determinata categoria (*id est* gli strumenti finanziari), lasciando così aperta una finestra alla creatività del mercato, alla sua evoluzione e alla molteplicità di prodotti offerti dai suoi attori, ma ha voluto anche offrire una tutela agli investitori, consentendo di ricondurre nell'ambito della disciplina di protezione dettata dal t.u.f. anche forme innominate di prodotti finanziari. Inoltre, la nozione prescinde anche dalla cartolarità del prodotto, potendosi tranquillamente ammettere che lo stesso non sia in alcun modo rappresentato da un documento<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*<sup>10</sup>, Torino, 2020, pp. 100, 357.

<sup>17</sup> P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti finanziari»*, cit., p. 134.

<sup>18</sup> Cass., 17 aprile 2009, n. 9316, cit. *Contra* v. A. POMELLI, *I confini della fattispecie «prodotto finanziario»*, cit., p. 117.

<sup>19</sup> Il che si riflette sull'atipicità del contratto di investimento: oltre a Cass., 12 marzo 2018, n. 5911, così anche Cass. 5 febbraio 2013, n. 2736, cit. In dottrina v. V.V. CHIONNA, *Strumenti finanziari*, cit., p. 1.

<sup>20</sup> Cfr. R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., pp. 11 s.; E. RIGHINI, *Commento all' art. 1*, in *Comm. t.u.f. Vella*, I, Torino, 2012, p. 32; F. CAPRIGLIONE, *I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 34. V.V. CHIONNA, *Strumenti finanziari*, cit., pp. 5 ss., oltre a porre in evidenza il superamento dell'identità tra investimento finanziario e titolo di credito in massa, sottolinea come le due nozioni di prodotto e strumento finanziario rispondano a vocazioni di tutela che si riflettono su due differenti piani di tutela: la nozione di prodotto finanziario mira a consentire l'applicazione di disposizioni poste direttamente a tutela dell'investitore e solamente in via mediata del mercato e dell'attività degli intermediari; la nozione di strumento finanziario è invece volta a fornire diretta

Allora, il *quid pluris* va necessariamente individuato nell'operazione nel suo complesso: cosa distingue l'attività di un soggetto, che – ad esempio – acquista un immobile affinché con esso realizzi un guadagno (ad esempio, locandolo ovvero rivendendolo ad un prezzo più alto di quello di acquisto) da chi, invece (e altrettanto a titolo esemplificativo) sottoscrive quote di un fondo di investimento immobiliare? Un tale elemento connotante deve essere ravvisato in un fattore intermedio che si interpone tra il denaro iniziale investito e il denaro finale guadagnato con l'investimento<sup>21</sup>.

In un prodotto finanziario, questo fattore intermedio è sicuramente da ravvisare nel riferimento ad un dato oggettivo della realtà economica, che ha funzione di costituire lo strumento o il parametro di calcolo, per la determinazione del denaro finale<sup>22</sup>. Tra denaro iniziale e denaro finale si inserisce il riferimento ad un dato della realtà (beni, titoli, denaro assunto come nominale, etc.) e qualunque ne sia la disciplina giuridica privatistica, ha una sua particolare rilevanza perché svolge nel rapporto una funzione diversa da quella normalmente riconosciutagli e tutelata negli istituti giuridici tradizionali. Effetto del contratto è così il creare un valore finanziario, che assume rilevanza proprio nell'ottica del risultato che il contratto stesso intende perseguire. Tra il denaro iniziale e il denaro finale c'è il fattore intermedio caratterizzato da un nesso stabilito dal contratto tra un fatto consistente in una dinamica dei dati della realtà economica di riferimento e il diritto soggettivo di credito/debito tra le parti, periodico, ma soprattutto al termine del rapporto<sup>23</sup>.

3. Per quanto finora esposto, emerge come vi sia una fondamentale distinzione tra le operazioni di investimento aventi natura finanziaria e quelle di investimento in attività reali o di consumo, cioè le operazioni di acquisto di beni e di prestazioni di servizi che, anche se concluse con l'intento di investire il proprio patrimonio, sono essenzialmente dirette a procurare all'investitore il godimento del bene, a trasformare le proprie disponibilità in beni reali idonei a soddisfare in via diretta bisogni non finanziari del risparmiatore stesso<sup>24</sup>.

Per meglio evidenziare la distinzione tra un investimento avente natura finanziaria e uno che non la ha, è possibile operare un confronto un investimento effettuato acquistando un lingotto d'oro e un investimento in uno strumento finanziario parametrato al valore dell'oro.

---

garanzia del corretto funzionamento del mercato e dell'attività degli intermediari e, indirettamente, a tutela dell'investitore. In argomento v. anche A. POMELLI, *I confini della fattispecie «prodotto finanziario»*, cit., pp. 117 s.

<sup>21</sup> P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti finanziari»*, cit., p. 137.

<sup>22</sup> P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti finanziari»*, cit., p. 137. Cfr. anche V.V. CHIONNA, *Strumenti finanziari*, cit., p. 3.

<sup>23</sup> P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti finanziari»*, cit., pp. 138 ss., spec. p. 140.

<sup>24</sup> Sul punto cfr. E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una «definizione»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, pp. 561 s., il quale evidenzia come la differenza risulti fondamentale anche per la tutela degli investitori: «Là dove, infatti, un certo contratto ha ad oggetto un “bene reale”, e cioè un bene che dispone, oltre che di un valore di scambio, anche di un valore d'uso – che è potenzialmente rilevabile anche dal *quisque de populo* –, la disciplina legale di diritto comune (ivi

A tal uopo, il confronto può essere fatto con un ETC (*Exchange Traded Commodities*) sull'oro. Gli ETC sono strumenti finanziari oggetto di un'operazione di cartolarizzazione emessi da una società veicolo o *special purpose vehicle* – società costituita *ad hoc* per effettuare esclusivamente una o più operazioni di emissione di strumenti finanziari – a fronte dell'investimento diretto dell'emittente in materie prime o in contratti derivati su materie prime<sup>25</sup>. Gli ETC replicano direttamente o indirettamente il sottostante attraverso una gestione passiva e sono negoziati in borsa come un'azione. Il Regolamento Borsa Italiana<sup>26</sup> (art. 2.2.22, comma 2°) detta la previsione, specificamente per gli ETC, secondo cui: *a*) le attività acquistate con i proventi derivanti dalla sottoscrizione dei titoli devono costituire patrimonio separato a tutti gli effetti da quello dell'emittente; *b*) le attività acquistate con i proventi derivanti dalla sottoscrizione, nonché i proventi generati dalle stesse attività, devono essere destinati in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati negli strumenti finanziari ed eventualmente alla copertura dei costi dell'operazione; *c*) sulle attività acquistate con i proventi derivanti dalla sottoscrizione non devono essere ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei relativi strumenti finanziari. Può inoltre essere prevista la sottoscrizione o il rimborso, in via continuativa, attraverso la consegna degli strumenti finanziari o delle merci (o di un ammontare di danaro equivalente) su cui ha investito la società emittente.

I titoli emessi vengono poi immessi in un mercato primario, accessibile esclusivamente agli operatori specialisti, ove è consentita la sottoscrizione e il rimborso di lotti di titoli su base giornaliera al valore ufficiale dell'ETC, verso un pagamento in denaro ovvero in una corrispondente quantità della materia prima (per gli ETC *physically-based*) sottostante al titolo. Successivamente, i titoli vengono immessi nel mercato regolamentato, accessibile a qualsiasi investitore tramite un intermediario.

Tra le principali caratteristiche di tali strumenti finanziari emerge che questi, al pari delle cc.dd. obbligazioni *zero coupon*, non sono fruttiferi di interessi e che conferiscono all'investitore il diritto a richiedere il riscatto del titolo e di ricevere nella data di liquidazione una quantità di denaro pari al valore

---

inclusa, quella, decisiva, della garanzia per vizi, che presuppone, per l'appunto, la distinzione fra valore di scambio e valore d'uso) è, in linea di massima, adeguatamente protettiva del consumatore: sicché non v'è alcun motivo per "riservare" a soggetti pubblicisticamente controllati l'attività di offerta al pubblico, ad es., di biciclette o di capi di abbigliamento (beni reali che hanno un valore d'uso "facilmente" apprezzabile). Là dove, al contrario, un certo contratto ha ad oggetto un "bene finanziario", e cioè un bene la cui unica "utilità" consiste nella chance di un apprezzamento monetario – che, al contrario, non è affatto rilevabile dal *quisque de populo*, postulando conoscenze ed *expertise* professionali –, la disciplina legale di diritto comune risulta insufficiente, e diviene pertanto necessario, per assicurare la funzionalità del mercato, istituire presidi di diritto speciale a tutela degli utenti (risparmiatori/investitori). Da questa specifica esigenza di tutela del pubblico avvertita dal legislatore (comunitario e nazionale) consegue pertanto: (i) la riserva dell'attività a soggetti pubblicisticamente controllati (imprese di investimento e banche); (ii) la soggezione dei connessi contratti a un preciso regime imperativo ispirato alla tutela dell'investitore».

<sup>25</sup> Sugli ETC, sia consentito un rinvio a F. ONNIS CUGIA, *Gli strumenti finanziari derivati cartolarizzati nel quadro normativo comunitario: la natura giuridica degli Exchange Traded Commodities*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, pp. 667 ss.

<sup>26</sup> Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A. deliberato dal Consiglio di amministrazione del 26 ottobre 2022 e approvato dalla Consob con delibera n. 22540 del 7 dicembre 2022.



dell' ETC ovvero, in caso di ETC su metalli preziosi, una quantità della *commodity* sottostante pari al titolo su metallo in tale data. La gestione passiva dell' investimento, replicando l' andamento di un determinato indice, permette un forte contenimento dei costi di gestione e, di conseguenza, delle commissioni in capo al cliente.

Gli ETC permettono all' investitore di esporsi sui mercati delle *commodities* o dei derivati senza dover acquistare il bene fisico oggetto dell' investimento o dover stipulare direttamente contratti derivati. Proprietario del sottostante è unicamente la società emittente: in ragione di ciò e in virtù del principio *res perit domino*, in caso di perimento, danneggiamento o furto dei beni l' emittente non sarebbe in grado di far fronte alle proprie obbligazioni in relazione ai titoli emessi e nessun diritto potrà vantare l' investitore. Infatti, costui è titolare solo dei titoli che derivano il loro valore da quel sottostante e non del sottostante stesso e niente potrà vantare in relazione a vicende riguardanti quest' ultimo. Il bene, qui, è dunque il parametro di riferimento che determina la variazione del denaro iniziale investito e il denaro finale risultante dall' andamento del sottostante.

Se, invece, l' investitore acquista direttamente l' oro<sup>27</sup>, l' elemento effettuale del contratto (la creazione di un valore finanziario) è assente e ciò anche in assenza di una consegna materiale del bene, sostituita da quella di un certificato.

In tal caso, l' acquisto dell' oro appare diretto al conseguimento del bene. Non viene prospettata alcuna forma di rendimento da parte del preponente diversa o collegata al valore del bene acquistato, né può qualificarsi come rendimento di natura finanziaria l' eventuale apprezzamento (o deprezzamento) della *res* materiale oggetto della vendita (oro) e dovendosi, nella fattispecie, escludersi l' assunzione di un rischio di perdita del capitale.

Come posto in luce dalla Consob<sup>28</sup>, nel caso di acquisto della *res* non sussistono i caratteri minimi e necessari per ricondurre la fattispecie in esame all' interno della nozione di offerta al pubblico di prodotti

---

<sup>27</sup> La definizione dell' oro da investimento è fornita dall' art. 1, comma 1°, lett. a), l. 17 gennaio 2000, n. 7, recante *Nuova disciplina del mercato dell' oro*. È tale «l' oro in forma di lingotti o placchette di peso accettato dal mercato dell' oro, ma comunque superiore ad 1 grammo, di purezza pari o superiore a 995 millesimi, rappresentato o meno da titoli; le monete d' oro di purezza pari o superiore a 900 millesimi, coniate dopo il 1800, che hanno o hanno avuto corso legale nel Paese di origine, normalmente vendute a un prezzo che non supera dell' 80 per cento il valore sul mercato libero dell' oro in esse contenuto, incluse nell' elenco predisposto dalla Commissione delle Comunità europee ed annualmente pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, serie C, nonché le monete aventi le medesime caratteristiche, anche se non ricomprese nel suddetto elenco; con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica sono stabilite le modalità di trasmissione alla Commissione delle Comunità europee delle informazioni in merito alle monete negoziate nello Stato italiano che soddisfano i suddetti criteri». In argomento, v. M. MARTIS, *Attività dei «compro-oro» e regime IVA: la giurisprudenza conferma l' applicabilità del reverse charge*, in *Riv. giur. sarda*, 2014, I, p. 571.

<sup>28</sup> Comunicazione Consob n. DIN/12079227 del 4 ottobre 2012, avente ad oggetto *Richiesta di parere sulla compliance alla vigente normativa di specifici prodotti rientranti nell' ambito del commercio professionale di oro*. Nel caso di specie, il quesito verteva sulla qualificabilità di un piano di acquisto di oro a cadenza predeterminata come offerta al pubblico di prodotti finanziari. Il programma di acquisto di oro prevedeva una serie, temporalmente scadenzata, di acquisti di una determinata quantità di oro sino al raggiungimento di una prefissata quantità finale, utile alla trasformazione in lingotti certificati; a fronte di tali acquisti,

finanziari. Secondo la Commissione, infatti, non rientrano nella nozione di sollecitazione le operazioni di investimento in attività reali o di consumo, cioè le operazioni di acquisto di beni e di prestazioni di servizi che, anche se concluse con l'intento di investire il proprio patrimonio<sup>29</sup>, sono essenzialmente dirette a procurare all'investitore il godimento del bene, a trasformare le proprie disponibilità in beni reali idonei a soddisfare in via diretta i bisogni non finanziari del risparmiatore stesso e che si è in presenza di un investimento finanziario, come contrapposto ad un investimento di consumo, tutte le volte in cui il risparmiatore conferisce il proprio denaro con un'aspettativa di profitto, vale a dire di accrescimento delle disponibilità investite<sup>30</sup>.

---

contabilmente annotati in appositi "conti metallo" intestati a ciascun cliente al cliente viene riconosciuto un corrispondente diritto di comproprietà su un lingotto specificamente identificato di proprietà della società proponente, attraverso la consegna di una "ricevuta (certificato/attestato)", non trasferibile. L'acquirente è immesso nel godimento dell'oro fisico, ricevendo in contropartita dei singoli acquisti frazionati il diritto di comproprietà – per la quota di oro acquistato – di uno specifico lingotto della società proponente ovvero, alla fine del programma di acquisto frazionato ovvero nel caso di uscita anticipata dal piano – sempre possibile senza condizioni – la proprietà esclusiva di un diverso lingotto appositamente prodotto per il cliente e a lui materialmente consegnato.

<sup>29</sup> Con riferimento ai *passion investments* il discorso potrebbe essere, invero, ulteriormente articolato, almeno dalla prospettiva sociologico-economica cui si è fatto riferimento in apertura del presente lavoro, che distinguerebbe il mercato delle attività di consumo da quello delle attività che potremmo definire più voluttuarie o passionali. L. BOLTANSKI e A. ESQUERRE, *Enrichissement*, cit., *passim*, infatti, operano una quadripartizione dei mercati distinguendo tra: *i*) mercato standard (o di consumo); *ii*) di mercato delle collezioni (con merci relativamente sottratte al consumo); *iii*) il mercato di tendenza (la moda in particolare); *iv*) il "mercato attivo" nel quale si compra o si vende per immediatamente vendere o comprare (tipicamente i mercati mobiliari, ma più in genere la filiera commerciale fra produttore e consumatore finale). Il mercato dei beni da collezione è un mercato in cui vengono scambiati beni arricchiti di "memoria" e caratterizzati da una sorta di pretesa alla durata e alla non usurabilità, che nello stesso tempo sono normalmente (ma non sempre) arricchenti nella misura in cui valgono come investimenti.

<sup>30</sup> La casistica è davvero multiforme. In tal senso, oltre alla Comunicazione Consob n. DIN/12079227 del 4 ottobre 2012, cit., cfr. le Comunicazioni Consob n. DTC/13038246 del 6 maggio 2013 avente ad oggetto *Vendita di diamanti tramite intermediazione di istituti di credito – richiesta di chiarimenti e formulazione di quesiti*; n. DCL/DEM/3033709 del 22 maggio 2005 in merito alla vendita di quote di multiproprietà e n. DAL/RM/96009868 del 4 novembre 1996 avente ad oggetto *Quesito in materia di collocamento di certificati di godimento o di associazione inerenti a porzioni determinate di bene immobile*. È stata ravvisata natura finanziaria altresì ai prodotti vagliati con le Comunicazioni Consob n. 0385340 del 28 aprile 2020 avente ad oggetto *Risposta al quesito avente ad oggetto "Richiesta di parere preventivo per la corretta classificazione di un'operazione immobiliare attinente alla compravendita di nuda proprietà"*; n. DEM/10101143 del 10 dicembre 2010 sulla promozione su *internet* di iniziative finalizzate alla raccolta di denaro a favore di progetti a valenza sociale di organizzazioni del c.d. Terzo Settore; n. DEM/8035334 del 16 aprile 2008 sulla offerta al pubblico di *coupon* finalizzati al godimento di pacchetti-vacanza; nn. DEM/1043775 del 1° giugno 2001 e DIS/36167 del 12 maggio 2000 in materia di sottoscrizione di certificati azionari rappresentativi del diritto di utilizzo di posti ormeggio. Peculiare è il caso dell'emissione di certificati *en primeur* relativi alla vendita di vino e nell'attività secondaria di mediazione di certificati stessi: se con le Comunicazioni CONSOB nn. DIS/98082979 del 22 ottobre 1998 e DIS/99006197 del 28 gennaio 1999 aventi ad oggetto *Vendita di vino mediante emissione di certificati "en primeur"* è stato messo in risalto che, sebbene di primo acchito la fattispecie delineata potrebbe apparire – dal punto di vista del sottoscrittore iniziale – finalizzata al godimento di un bene di consumo, rappresentato dal diritto ad ottenere la consegna del vino alla scadenza prefissata, la struttura dell'operazione nella sua complessità fa emergere la sua natura finanziaria, in quanto la presenza di un intermediario bancario nella commercializzazione dei certificati in discorso (che assumono caratteristiche tipiche degli strumenti finanziari) e l'esistenza di un potenziale mercato secondario nel quale si effettuano scambi e si formano prezzi che prescindono dal valore facciale del titolo, ma sono il frutto dell'incrocio della domanda e dell'offerta dei certificati stessi (e ciò indipendentemente dal motivo che ispira il singolo investitore all'operazione, il quale potrebbe essere interessato anche alla semplice consegna del vino), con la Comunicazione Consob n. DEM/10016056 del 26 febbraio 2010, pur prendendosi atto della sempre più crescente affermazione di un mercato *lato sensu* inteso avente ad oggetto etichette di vino pregiate (e dunque non potendosi escludere che tra le ragioni che determinano l'investitore ad acquistare un certificato *en primeur* si possano annoverare oltre alle finalità di consumo anche la prospettiva di un lucro derivante dalla successiva rivendita a prezzi superiori del bene ricevuto in consegna), l'acquisto del certificato conferisce infatti al titolare il mero diritto a ricevere una determinata quantità di vino a

4. Giunti a questo punto della nostra indagine, occorre soffermarci sull' elemento del "rischio" richiamato dal principio di diritto affermato dalla Cassazione nell' inquadrare i caratteri dell' investimento avente natura finanziaria.

Come visto, per «ogni altra forma di investimento di natura finanziaria» debbono intendersi le proposte di investimento che implicino la compresenza dei tre seguenti elementi: *i*) impiego di capitale; *ii*) aspettativa di rendimento di natura finanziaria; *iii*) assunzione di un rischio direttamente correlato all' impiego di capitale. La Suprema Corte, infatti, ha precisamente rilevato come l' investimento di natura finanziaria comprenda ogni conferimento di una somma di denaro da parte del risparmiatore, indipendentemente dalla tipologia del bene oggetto dell' investimento<sup>31</sup> con un' aspettativa di profitto o di remunerazione, vale a dire di attesa di utilità a fronte delle disponibilità investite nell' intervallo determinato da un orizzonte temporale, e con un rischio<sup>32</sup>. La ragione giustificativa del contratto di investimento in prodotti finanziari, e non il suo semplice motivo interno privo di rilevanza qualificante, consiste proprio nell' investimento del capitale (il denaro iniziale) con la prospettiva dell' accrescimento delle disponibilità investite (il denaro finale all' esito degli effetti del valore finanziario), senza l' apporto di prestazioni da parte dell' investitore diverse da quella di dare – come detto – una somma di denaro.

Nondimeno, ai fini della configurabilità della presenza di un prodotto finanziario la Suprema Corte ha incluso tra i rischi assumibili dall' investitore anche il c.d. rischio emittente, ossia la capacità stessa dell' emittente di restituire il *tantundem*, con la maggiorazione promessa.

Sulla scorta di ciò, se ci si concentrasse sulla sola struttura dell' operazione, allora anche un conto deposito rientrerebbe, in astratto, tra i prodotti finanziari: il depositante "blocca" per un determinato periodo di tempo un capitale, nell' ottica di un rendimento (il tasso di interesse), assumendosi – almeno per il deposito di somme eccedenti i 100.000 euro, ai sensi dell' art. 96-*bis*.1, comma 3°, t.u.b. e fatte salve le eccezioni di cui al successivo comma 4° ovvero le altre limitazioni previste per i sistemi di garanzia dei depositanti dagli artt. 96 ss. t.u.b. – il «rischio emittente» della solvibilità della banca depositaria. Il

---

scadenza senza che la banca collocatrice dei certificati garantisca una forma di rendimento finanziario ovvero fornisca la possibilità di rivendere i certificati. Il ruolo della banca si limita infatti a garantire il valore facciale del certificato, ma solo nel caso in cui si verifichi un inadempimento dell' azienda vinicola a consegnare la merce alla scadenza, neutralizzando in tal modo il rischio di credito connesso all' operazione. D' altro canto non è stata riscontrata l' organizzazione di un mercato secondario dei certificati *en primeur* liberamente accessibile, rimanendo pertanto del tutto eventuale e comunque estranea all' operazione in esame, l' opportunità di un collocamento dei certificati o dei beni acquistati. In discorso, cfr. E. GIRINO, *I contratti derivati*<sup>2</sup>, Milano, 2011, pp. 165 ss.; F. ONNIS CUGIA, *Gli strumenti finanziari derivati cartolarizzati*, cit., pp. 682 s. I termini della differenza tra investimento avente natura finanziaria e quello in beni reali sono limpidamente tracciati anche nella Comunicazione n. DEM/9057728 del 19 giugno 2009 in riferimento a contratti atipici aventi ad oggetto la prestazione di servizi commerciali turistico-immobiliari.

<sup>31</sup> Cfr. A. POMELLI, *I confini della fattispecie «prodotto finanziario»*, cit., p. 109. *Contra*, Cass., 17 aprile 2009, n. 9316, cit.

<sup>32</sup> Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, cit.

legislatore, specificando l' esclusione dei depositi bancari o postali, sempre che non siano a loro volta rappresentati da strumenti finanziari, ha voluto escludere dal non attrarre la raccolta del risparmio tramite alcune forme di deposito nella disciplina dell' offerta al pubblico<sup>33</sup>. Se poi si approfondisce la materia indagando anche sul contenuto delle disposizioni di cui alla disciplina secondaria, l' estromissione dei depositi non rappresentati da strumenti finanziari arriva a ricomprendere anche i buoni fruttiferi e i certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati nel mercato monetario<sup>34</sup>. L' esclusione di queste forme di investimento finanziario dipende dunque dalla assenza dell' ulteriore requisito della negoziabilità (che, quindi, sia in grado di dar vita a un sistema di scambi in un mercato secondario)<sup>35</sup>, di cui siamo dunque indotti a ritenerne l' essenzialità nella struttura propria dei prodotti finanziari<sup>36</sup>.

Sul punto, occorre rilevare come sia stato affermato che il contratto di investimento in prodotti finanziari non ha ad oggetto tanto il prodotto finanziario in sé e per sé considerato, quanto il rischio finanziario che il prodotto porta intrinsecamente nell' operazione<sup>37</sup>.

Di talché, è evidente come nell' impostazione dell' Autorità di vigilanza e della Suprema Corte secondo cui nel complesso l' operazione deve prevedere che il risparmiatore impieghi il proprio capitale a fronte di un rendimento predeterminato o predeterminabile in base a parametri predefiniti con conseguente assunzione di un rischio correlato all' impiego del capitale affidato, arrivando sotto quest' ultimo profilo a includere anche il «rischio emittente» (risultando così sufficiente che sussista l' incertezza in merito non all' entità della prestazione dovuta o al momento in cui questa sarà erogata, bensì alla capacità stessa dell' emittente di restituire il *tantundem*, con il promesso rendimento)<sup>38</sup>, l' alea qui presa in considerazione può essere tanto l' alea c.d. giuridica quanto quella c.d. economica<sup>39</sup>. Riprendendo i confini limpidamente

<sup>33</sup> In argomento v. A. LUPOI, *I prodotti finanziari*, cit., p. 84.

<sup>34</sup> Nota 1, par. 1, Provvedimento Banca d' Italia del 29 luglio 2009 recante *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*. Cfr., inoltre, *a contrario*, l' art. 1, comma 1-ter, t.u.f.

<sup>35</sup> Cfr. G. GUIZZI, *Mercato finanziario*, p. 749, a giudizio del quale il prodotto finanziario consiste in un' operazione economica che offre a chi investe «prospettive di reddito, ma senza elevare l' aspettativa a tale redditività a contenuto di una situazione giuridicamente perfetta» oppure, là dove sia identificabile un vero e proprio diritto soggettivo alla remunerazione dell' investimento, una operazione in cui la posizione soggettiva da essa nascente «assume la connotazione di bene oggettivamente negoziabile e sia dunque in grado di dar vita a un sistema di scambi per contanti (il cosiddetto mercato secondario)».

<sup>36</sup> Così anche A. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d' Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1277.

<sup>37</sup> Così, esattamente, A. LUPOI, *I prodotti finanziari*, cit., pp. 76, 97, 99.

<sup>38</sup> Come accade anche nella disciplina archetipica dell' assicurazione, ove il legislatore ha puntualmente previsto misure volte a garantire la solvibilità dell' assicuratore: cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, pp. 78 ss.

<sup>39</sup> È stato precisamente evidenziato da P. CORRIAS, *I contratti aleatori: rivisitazione di una categoria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, I, p. 685, nt. 66, che alea giuridica ed economica sono tipologie autonome e disgiunte, potendosi avere: *i*) contratti aleatori non caratterizzati dall' alea economica (come l' assicurazione e la rendita vitalizia), nei quali il meccanismo dell' alea giuridica appare idoneo ad eliminare rischi di tipo economico; *ii*) contratti aleatori in cui alea giuridica ed economica coesistono (giuoco e scommessa ed *emptio spei*), in cui la prima è lo strumento attraverso il quale la seconda si determina; *iii*) contratti non aleatori connotati dalla sola alea economica.

tracciati da autorevole dottrina, se quest' ultima si limita alla possibilità dell' oscillazione del valore della prestazione in dipendenza delle fluttuazioni dei mercati, l' alea giuridica concerne la previsione, nell' ambito del meccanismo contrattuale, «del collegamento tra la nascita e/o la consistenza della prestazione di una od entrambe le parti e l' accadimento di un evento incerto»<sup>40</sup>.

E ben può configurare ciò il semplice rischio emittente (o di controparte), il quale è un rischio specifico dipendente dalle caratteristiche peculiari dell' emittente medesimo, in quanto rischio che si caratterizza in quanto nel mercato e dal medesimo mercato valutabile e valutato<sup>41</sup> e che può essere diminuito sostanzialmente attraverso la diversificazione del portafoglio, contrariamente a un rischio generico, rappresentato da quella parte di variabilità del prezzo di ciascun prodotto che dipende dalle fluttuazioni del mercato e non può essere eliminato per il tramite della diversificazione<sup>42</sup>.

L' essenzialità del rischio finanziario quale elemento connotante i prodotti finanziari emerge oggi anche dalla normativa europea che esprime efficacia diretta nel nostro ordinamento e, in particolare, dal Regolamento (UE) n. 1286/2014 (c.d. regolamento PRIIPs)<sup>43</sup>. Per i contratti riconducibili alla nozione di «prodotto di investimento al dettaglio preassemblato» (PRIIP), consistenti in un investimento nel quale, indipendentemente dalla forma giuridica dell' investimento stesso, l' importo dovuto all' investitore al dettaglio è soggetto a fluttuazioni a causa dell' esposizione ai valori di riferimento o al rendimento di uno o più attivi che non siano direttamente acquistati dall' investitore al dettaglio, è richiesta la redazione del

<sup>40</sup> V. P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, a cura di D. Maffei, Milano, 2014, p. 177. Da ultimo, dello stesso Autore, *I contratti aleatori*, cit., pp. 666 ss. Per cui, al fine di qualificare il contratto come aleatorio, è necessario verificare se, al momento della conclusione del contratto, vi sia una situazione di obiettiva incertezza circa i vantaggi o lo svantaggio economico che potrà derivare dal regolamento negoziale ovvero che, per la struttura del contratto posto in essere dalle parti, è a carico di una delle parti il rischio di un evento casuale che potrà incidere sul contenuto del suo diritto o della sua prestazione: in sostanza l' alea opera sin dall' inizio come elemento essenziale del sinallagma: così Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050, ma v. già T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, pp. 439 ss.

<sup>41</sup> Precisamente, con riferimento ai contratti derivati, C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016, p. 63. Questo profilo viene massimamente esaltato nei *credit default swap*, nei quali il *credit event* viene considerato per il suo significato di incidere su una quotazione nel mercato e, quindi, sul valore del credito. In argomento, v. in luogo di altri, F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati di credito. Il credit default swap*, in *Dir. comm. int.*, 1997, pp. 103 ss.; R. TAROLLI, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i credit derivatives*, in *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 1169 ss.; C. RUCCELLAI, *Cartolarizzazione sintetica e Credit Default Swap*, *ivi*, 2012, I, pp. 371 ss.; L. SCIPIONE, *Le distorsioni strutturali dei credit default swap e il rischio di controparte. Ripercussioni sulla stabilità dei mercati e spunti per una revisione della normativa*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2016, I, pp. 279 ss.

<sup>42</sup> Sulla rilevanza del rischio emittente sulla valutazione dell' inadeguatezza di un investimento v. Trib. Napoli, 13 febbraio 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, pp. 299 ss., con nota di V. RENZULLI, *Osservazioni in tema di obblighi informativi degli intermediari nella valutazione di adeguatezza e rilevanza del giudizio di rating*; Trib. Milano, 15 luglio 2009. Con specifico riferimento agli strumenti finanziari, v. anche l' art. 169, comma 3°, lett. a), Regolamento Intermediari, adottato con delibera Consob 15 febbraio 2018, n. 20307, secondo cui la descrizione dei rischi include i rischi associati all' insolvenza dell' emittente.

<sup>43</sup> Regolamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d' investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati. Sul Regolamento PRIIPs v. E. PIRAS, *Le polizze rivalutabili collegate alle gestioni separate*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 14, pp. 41 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti «misti» e norme a tutela del cliente*, in *Società, banche e crisi di impresa*, in *Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, pp. 2413 ss.; M. SIRI, *I prodotti finanziari assicurativi*, Roma, 2013, pp. 165 ss.; F. BRUNO e E. FRANZA, *Prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e poteri della CONSOB in tema di vigilanza e trasparenza*, in *Ass.*, 2014, pp. 20 ss.

*Key Information Document* (KID) secondo i precetti di contenuto e forma rinvenibili all' interno degli artt. 6 ss. reg. PRIIPs<sup>44</sup>.

In particolare, il KID deve contenere in una sezione intitolata «Quali sono i rischi e qual è il potenziale rendimento?», una breve descrizione del profilo di rischio/rendimento che comprenda i) un indicatore sintetico di rischio, integrato da una spiegazione testuale di quest' ultimo, dei suoi principali limiti e da una spiegazione testuale dei rischi che sono particolarmente rilevanti per i PRIIP e che non sono adeguatamente rilevati dall' indicatore sintetico di rischio; ii) la perdita massima possibile del capitale investito<sup>45</sup>; iii) scenari di *performance* adeguati e le ipotesi formulate per realizzarli; iv) ove applicabile, informazioni sulle condizioni dei rendimenti agli investitori al dettaglio e limiti massimi delle prestazioni incorporate; v) una precisazione che la legislazione fiscale dello Stato membro di origine dell' investitore al dettaglio può incidere sui versamenti effettivi<sup>46</sup>.

Oggi, dunque, il rischio finanziario assunto dall' investitore (*rectius*, la conoscenza del rischio) assurge a elemento centrale nella conclusione del contratto di investimento<sup>47</sup>, inducendo finanche un Autore ad affermare la nullità per indeterminatezza dell' oggetto là dove il cliente non sia portato a conoscenza del rischio con i prèsi prescritti<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Ai quali si aggiungono le norme di attuazione contenute nel Regolamento delegato (UE) n. 2017/653 della Commissione, dell' 8 marzo 2017, che integra il regolamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d' investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati stabilendo norme tecniche di regolamentazione per quanto riguarda la presentazione, il contenuto, il riesame e la revisione dei documenti contenenti le informazioni chiave e le condizioni per adempiere l' obbligo di fornire tali documenti.

<sup>45</sup> Compresa informazioni su: i) se l' investitore al dettaglio può perdere tutto il capitale investito; o ii) se l' investitore al dettaglio si assume il rischio di sostenere impegni o obblighi finanziari aggiuntivi, comprese passività potenziali ulteriori rispetto al capitale investito nel PRIIP; e iii) ove applicabile, se il PRIIP include una protezione del capitale contro il rischio di mercato, nonché i dettagli sull' ampiezza di tale copertura e i suoi limiti, in particolare per quanto riguarda i tempi di applicazione.

<sup>46</sup> Sul punto, v. anche gli artt. 3 e 12 Regolamento delegato (UE) n. 2017/653, nonché gli Allegati (I-VII) al medesimo regolamento.

<sup>47</sup> Così A. LUPOI, *I prodotti finanziari*, cit., p. 76, il quale sottolinea come in tale dinamica la conoscenza del prodotto in sé (così come di tutte le informazioni sintetizzate in un indice) divenga superflua, al contrario della rilevanza dell' indice di rischio o rendimento, degli scenari probabilistici e dell' incidenza dei costi. V. anche D. MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1104 e la pronuncia Cass., 26 gennaio 2016, n. 1376 ivi richiamata (nt. 14), secondo cui «ogni investitore razionale è avverso al rischio, sicché il medesimo, a parità di rendimento, sceglierà l' investimento meno aleatorio ed, a parità di alea, quello più redditizio, se non si asterrà perfino dal compiere l' operazione, ove l' alea dovesse superare la sua propensione al rischio. La scelta tra differenti opportunità di investimento è, quindi, essenzialmente un problema di raccolta e di valutazione di informazioni, ovvero di ogni dato sulla natura dello strumento finanziario, sui suo emittente, sul suo rendimento e sull' economia nel suo complesso, compresa l' informativa circa l' eventuale sussistenza, con riferimento alla singola operazione da porre in essere, di una situazione di c.d. *grey market*, ovvero sia di carenza di informazioni circa le caratteristiche concrete del titolo ed il *rating* del prodotto finanziario nel periodo in considerazione, o – addirittura – di una situazione di imminente *default* economico dell' ente o dello Stato emittente. Ed è evidente che, essendo le informazioni finanziarie complesse e costose, nei rapporti di intermediazione finanziaria le imprese di investimento posseggono frammenti informativi diversi e superiori rispetto a quelli a disposizione degli investitori, o da essi acquisibili». In giurisprudenza di merito v., da ultimo, Trib. Firenze, 11 maggio 2020; Trib. Pisa, 30 ottobre 2019; Trib. Prato, 29 gennaio 2018.

<sup>48</sup> A. LUPOI, *I prodotti finanziari*, cit., pp. 99 s. L' assenza del rischio, inoltre, *ex art.* 1895 c.c. determina la nullità del contratto di assicurazione, modello paradigmatico dei contratti aleatori. Tale disposizione, avente una valenza transtipica, rappresenta il fondamento normativo della necessità dell' alea bilaterale effettiva in tutte le figure aleatorie e venendo a mancare un

Al fine di connotare la distinzione tra le operazioni aventi natura finanziaria e quelle di investimento in attività reali o di consumo, l'incertezza non va ravvisata tanto nel mero scopo di incrementare il proprio patrimonio auspicando che una situazione di incertezza meramente economica si risolva a proprio favore, ma in un rischio che si riflette nella produzione del (*rectius*, variazione di un) valore<sup>49</sup> proprio del momento intermedio tra denaro iniziale e denaro finale<sup>50</sup>.

4.1. Assunta la definizione di prodotto finanziario, non poche perplessità nascono nell'osservare l'applicazione pratica di tale principio offerta dalla giurisprudenza di legittimità che ha qualificato come prodotto finanziario due particolari operazioni di impegno di capitale – una in diamanti<sup>51</sup>, l'altra in opere d'arte<sup>52</sup> – che prevedevano l'acquisto dei beni cui si aggiungeva l'aspettativa di un rendimento, per quanto di importo predeterminato, in caso di esercizio del diritto di recesso da parte dell'investitore con la restituzione del bene nel termine previsto.

Nello specifico, nel caso dell'investimento in diamanti l'operazione prevedeva il trasferimento in proprietà del diamante verso il corrispettivo di un prezzo, attribuendo all'acquirente la facoltà alternativa del godimento del bene o di pretendere l'esecuzione del contratto preliminare unilaterale concluso dalla società, con la conseguenza che, mentre nel primo caso l'acquirente non avrebbe avuto diritto al compenso per la custodia, nell'ipotesi di restituzione del diamante in plico sigillato tale compenso sarebbe spettato.

Detto altrimenti, l'offerta al pubblico consisteva nell'immobilizzare del denaro per un determinato periodo di tempo, con la prospettiva del guadagno in conseguenza di ciò. Il meccanismo negoziale

---

apprezzabile rischio di perdite, l'alea sarebbe ritenuta inesistente e mancherebbe la causa di scambio, nella particolare connotazione che essa assume nei contratti aleatori: così P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari*, cit., pp. 191, 208. In tema di contratti derivati, è significativa l'impostazione della Suprema Corte (Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, II, pp. 45 ss., con nota di U. PATRONI GRIFFI, *Noterelle a margine di Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770: asimmetrie informative e meritevolezza dei contratti IRS* e, a pp. 768 ss., di R. LENER e C. CIPRIANI, *I derivati, le Sezioni Unite, l'Europa*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, pp. 1515 ss., con nota di D. BONACCORSI DI PATTI, *La legittimazione a stipulare un contratto di swap e le regole di finanza locale: un'occasione (o un pretesto) per un'indagine nel mondo dei contratti derivati*, Cass., 29 luglio 2021, n. 21830), secondo cui l'alea razionale che caratterizza tali contratti ai fini del giudizio di meritevolezza è ravvisabile, in concreto, laddove siano esplicitati e condivisi gli elementi che consentono di conoscere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi, tramite l'esplicitazione dei costi impliciti, del *mark to market* e, soprattutto, dei cc.dd. scenari probabilistici. In argomento v. anche la più recente App. Milano, 20 settembre 2022.

<sup>49</sup> Cfr. C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 50.

<sup>50</sup> P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari*, cit., pp. 202 ss. esclude l'identità dell'alea giuridica con la speculazione, sebbene i due caratteri possano coesistere. C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 52 osserva come alla centralità del rischio corrisponda la rilevanza del profilo temporale: se nella speculazione finanziaria è predefinito il momento nel quale potrà realizzarsi il guadagno o la perdita, potendo assegnare al prodotto finanziario un valore attuale del parametro di riferimento, sulla base di una previsione fondata sui profili del rischio e del tempo, nella speculazione commerciale (nt. 93) «gli elementi prognostici svolgono il loro ruolo esclusivamente ai fini del calcolo individuale del singolo operatore, e ciò al fine della sua scelta del momento in cui compiere l'operazione inversa da cui deriverà il suo guadagno o la sua perdita».

<sup>51</sup> Con la più volte richiamata Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736.

<sup>52</sup> Cass., 12 marzo 2018, n. 5911, cit.

attraverso cui si perveniva a questo risultato veniva descritto come la consegna in affidamento di un diamante del valore ipotetico di 1.000 euro, chiuso in un involucro sigillato, contro il versamento in denaro della stessa somma e l'impegno della società, dopo dodici mesi, di riacquistare il diamante, restituendo il capitale di 1.000 euro e corrispondendo altresì l'importo di 80 euro «a titolo di custodia».

A giudizio della Cassazione, in tal caso, sussiste una causa negoziale finanziaria, in quanto l'investimento del capitale viene effettuato nella prospettiva dell'accrescimento delle disponibilità investite. Nella struttura negoziale prevalgono gli elementi del credito fruttifero e della garanzia, giacché il sottoscrittore finanzia la società e questa gli dà in garanzia il diamante, aggirando al contempo il divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.* con la previsione che la proprietà del diamante passerà al sottoscrittore se egli violerà il sigillo, così camuffando da sanzione per l'inadempimento all'obbligo di custodia ciò che non è altro che l'appropriazione del bene in caso di mancato soddisfacimento del credito per capitale ed interessi.

Ancora, per il Giudice di legittimità appare fuorviante qualificare l'importo di 80 euro come un «compenso per la custodia». Nel quadro di un contratto di custodia, infatti, l'anticipazione di 1.000 euro dal custode al proprietario della cosa custodita sarebbe evidentemente priva di causa e perciò nulla. Viceversa, quell'anticipazione acquisterebbe un sicuro significato se ricondotta nell'ambito di un contratto di investimento, rappresentando il capitale impiegato in vista di un'aspettativa di rendimento.

Fattispecie del tutto analoga è quella avente ad oggetto la compravendita di opere d'arte, in cui la Cassazione ha ugualmente ricondotto l'operazione nel novero dei prodotti finanziari. Trattavasi di un'operazione complessa che prevedeva la conclusione di un contratto di compravendita di opere d'arte a un prezzo scontato con una percentuale variabile tra il cinque ed il sette per cento del prezzo indicato in listino con la facoltà per gli acquirenti di risolvere il contratto e di ottenere, una volta scaduto il termine convenuto, la restituzione dell'importo superiore rispetto a quello versato al momento dell'acquisto e pari al prezzo di listino dell'opera d'arte.

Entrambe le pronunce pongono l'accento sul fatto che la predeterminazione dell'importo promesso quale remunerazione del capitale non è circostanza sufficiente a escludere il rischio e, con ciò, la possibilità stessa di riscontrare la presenza di un prodotto finanziario, in quanto, come visto, fa rientrare il rischio emittente è incluso nell'alea assunta dall'investitore mediante l'investimento.

A nostro giudizio, l'impostazione della Suprema Corte trascura l'oggetto della complessa operazione economica, allargando eccessivamente le maglie del «rischio» arrivando ad assorbire nell'alveo dell'investimento avente natura finanziaria fattispecie estranee alla figura.



Equiparare il rischio emittente proprio di un titolo obbligazionario (la Suprema Corte fa esplicito riferimento all' obbligazione *zero coupon*)<sup>53</sup> al fine di affermare che anche nelle operazioni in analisi l' investitore sia esposto al rischio emittente non tiene conto della natura dell' investimento in discorso. A tal fine, appare opportuno servirsi delle scienze economiche, che offrono un importante spunto del quale ci si può servire per valutare l' operazione contrattuale nel suo complesso. Ci riferiamo alla differenza tra le attività reali – beni aventi un valore intrinseco, in quanto producono una utilità reale e immediata al proprietario – e attività finanziarie, nelle quali l' investitore vanta un diritto nei confronti dell' emittente dell' attività finanziaria (per il quale, al contempo, lo strumento è una passività finanziaria). La sovrapposibilità funzionale tra investimento in un' opera d' arte e in un' obbligazione operata dalla Suprema Corte, vista soprattutto nell' ottica del rischio di controparte, non tiene conto del fatto che, nonostante l' inadempimento dell' emittente, a differenza dell' investimento in attività finanziarie all' investitore, in ogni caso, rimarrà nella sua sfera patrimoniale il bene avente un proprio, autonomo ed intrinseco valore.

Nel valutare, invece, se sussiste una qualche altra forma di incertezza economica (ossia concernente il valore di una prestazione), si deve condividere l' impostazione della giurisprudenza di merito che per prima è stata adita a vagliare l' operazione dell' investimento in diamanti<sup>54</sup>, secondo cui nella complessa operazione contrattuale manca il rischio, in quanto il prezzo ed il compenso per la custodia erano convenzionalmente predeterminati e non potevano in alcun caso subire variazione in conseguenza di fattori di incertezza. Non sussiste qui, infatti, alcuna incertezza del risultato economico dell' operazione<sup>55</sup>, essendo prefissata nella fase genetica del contratto (ossia al momento della sua conclusione) la misura delle prestazioni delle parti.

Diverso è, invece, il più recente caso vagliato dalla Cassazione penale<sup>56</sup> che ha correttamente sussunto l' operazione di investimento in bitcoin nell' esercizio di una attività finanziaria, in quanto i soggetti interessati all' investimento hanno erogato capitali sotto la forma di bitcoin con l' aspettativa di ottenere un rendimento, costituito dalla corresponsione di altre monete virtuali che avrebbero permesso la

---

<sup>53</sup> Le obbligazioni *zero coupon* sono titoli di credito emessi ad un prezzo inferiore al valore nominale, che non producono cedole nel corso della loro vita. Il rendimento percepito dall' investitore scaturisce dal c.d. scarto di emissione, ossia dalla differenza tra il valore di rimborso e il prezzo di emissione. In Italia le obbligazioni zero coupon più diffuse sono i Buoni Ordinari del Tesoro (BOT) e i Certificati del Tesoro *Zero Coupon* (CTZ). Questo tipo di obbligazione garantisce ai sottoscrittori un investimento effettivo in tutto il periodo di impegno del capitale, senza il problema del reinvestimento degli interessi periodici. Gli interessi sono sottratti al valore nominale al momento dell' emissione. Il calcolo avviene sottraendo al valore nominale il valore attuale degli interessi figurativi, attualizzato sulla base di un tasso fisso predefinito.

<sup>54</sup> App. Napoli, 26 gennaio 2006, inedita.

<sup>55</sup> Detto altrimenti, il rischio «in termini normali (e perciò prevedibili), di oscillazioni di costi e valori delle prestazioni (originarie dalle ordinarie fluttuazioni di mercato), alle quali i contraenti si sottopongono stipulando un dato contratto, per effetto del differimento dell' esecuzione»: così R. NICOLO, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p.1026.

<sup>56</sup> Cass. pen., 26 ottobre 2022, n. 44378, cit.

partecipazione alla piattaforma, dal valore variabile a seconda del momento dell' acquisto e che avrebbe acquistato maggior valore se il progetto relativo alla piattaforma avesse avuto successo, con ciò assumendo su di sé un rischio connesso al capitale investito<sup>57</sup>.

Tanto più, nelle predette operazioni di investimento in diamanti ed opere d' arte deve sicuramente escludersi la sussistenza di un' alea giuridica nella struttura dell' operazione, in quanto l' evento dedotto in contratto non incide né nel sorgere dell' obbligazione né nella determinazione della misura della prestazione<sup>58</sup>.

Nel caso in cui l' investitore decida di volersi avvalere della facoltà di restituire il bene al prezzo concordato, la giurisprudenza che ha escluso la natura finanziaria dell' operazione ha ritenuto che ci si trovi di fronte ad un contratto preliminare unilaterale del quale l' acquirente medesimo può pretendere l' esecuzione da parte della società offerente<sup>59</sup>.

La qualificazione del patto di "riacquisto" come contratto preliminare unilaterale, però, non persuade, anche e soprattutto in ragione della coesistenza con la alternativa facoltà dell' acquirente di mantenere il bene nel proprio patrimonio. Da un punto di vista strutturale, le operazioni in discorso vengono a creare un rapporto tra le parti di diritto potestativo contro soggezione, che indirizza maggiormente ad un loro inquadramento nel patto di opzione, che secondo l' impostazione della giurisprudenza ha sì in comune con il preliminare unilaterale l' assunzione dell' obbligazione da parte di un solo contraente, ma se ne distingue per l' eventuale successivo *iter* della vicenda negoziale, in quanto, a differenza del preliminare unilaterale – che è un contratto perfetto e autonomo rispetto al definitivo – l' opzione non è che uno degli elementi di una fattispecie a formazione successiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto l' irrevocabilità della proposta e poi dall' accettazione del promissario che, saldandosi con la prima, perfeziona il contratto<sup>60</sup>.

Va altresì esclusa la riconduzione dell' operazione negoziale alla vendita con patto di riscatto di cui all' art. 1500 c.c.<sup>61</sup>, in quanto a mezzo della clausola di riscatto è il venditore a riservarsi il diritto di risolvere

---

<sup>57</sup> Già Trib. Verona, 24 gennaio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, pp. 467 ss., con nota di M. PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano*, evidenziava il rischio di cambio dell' operazione, dovuto al cambio di valuta reale con moneta virtuale. Sulla qualificazione dell' operazione come prodotto finanziario, oltre alla giurisprudenza e alla dottrina da ultimo citata, v. le delibere Consob riferite all' acquisto di "pacchetti di estrazione di criptovalute" e *Initial Coin Offering* 1° febbraio 2017, n. 19866 e 31 ottobre 2018, n. 20660, nonché D. FAUCEGLIA, *Il deposito e la restituzione delle criptovalute*, in *Contr.*, 2019, pp. 669 ss. e G.M. NORI, *Bitcoin, tra moneta e investimento*, in *Banca impr. soc.*, 2021, pp. 174 ss.

<sup>58</sup> Sulla definizione di alea giuridica cfr. P. CORRIAS, *I contratti aleatori*, cit., pp. 668 s.

<sup>59</sup> L' originario acquirente potrebbe con ciò domandare l' esecuzione specifica del contratto *ex art.* 2932 c.c., potendosi esperire il rimedio in qualsiasi ipotesi dalla quale sorga l' obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto: così Cass., 30 marzo 2012, n. 5160; Trib. Milano, 7 maggio 2019; Trib. Venezia, 28 aprile 2021.

<sup>60</sup> Cfr. Cass., 30 novembre 2017, n. 28762.

<sup>61</sup> Su cui, per tutti, A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2014, pp. 707 ss.

il contratto entro un tempo determinato<sup>62</sup>, così automaticamente riacquistando la proprietà del bene, oltretutto contro la restituzione dello stesso prezzo per il quale era stata venduta, sanzionando con la nullità qualsiasi pattuizione che comporti per il venditore un esborso superiore al prezzo stipulato per la vendita<sup>63</sup>. La previsione di un corrispettivo superiore in caso di riacquisto induce, infine, ad escludere che nelle ipotesi in esame ci si trovi di fronte ad una vendita conclusa sotto condizione risolutiva potestativa<sup>64</sup> a mezzo della quale l' acquirente si riserva il diritto di risolvere il contratto entro un tempo determinato, così automaticamente riacquistando il venditore la proprietà del bene contro restituzione del prezzo e rimborso delle spese.

5. In tempi recenti, come accennato<sup>65</sup>, nella giurisprudenza di merito si registrano numerosi arresti sul tema della vendita di diamanti tramite intermediazione di istituti di credito<sup>66</sup>.

Le operazioni di vendita di diamanti che venivano effettuate da alcune società per il tramite del canale bancario, determinavano il trasferimento di un pieno diritto di proprietà della *res* materiale in capo all' acquirente, atteso che quest' ultimo era immediatamente immesso nel pieno ed esclusivo diritto di disporre e godere del bene, non essendoci peraltro vincoli o limitazioni al godimento dello stesso. Non si ravvisa inoltre la sussistenza di certificati rappresentativi dei diritti dei titolari, destinati eventualmente a circolare nell' ambito di un "mercato secondario", appositamente organizzato. Ancora, non era previsto un patto di riacquisto da parte delle società. In particolare sussisteva esclusivamente di un mero impegno assunto dalle società in discorso a far sì che, nel caso in cui un acquirente intendesse rivendere i diamanti,

---

<sup>62</sup> Configurando, secondo l' opinione prevalente (tra le altre, v. Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, cc. 1428 ss., con note di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità* e F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*; Cass. 18 novembre 2011, n. 24252; Cass., 30 marzo 2016, n. 6144), una vendita conclusa sotto condizione risolutiva potestativa

<sup>63</sup> Sul tema, v. Cass., 30 marzo 2016, n. 6144, cit.

<sup>64</sup> Nelle fattispecie in esame è pienamente soddisfatta coi principi pacificamente affermati dalla Suprema Corte nel distinguere tra condizione "meramente potestativa" e "potestativa", in quanto il fatto volontario dedotto in condizione è collegato a valutazioni di interesse e convenienza e si presenta come alternativa capace di soddisfare anche l' interesse proprio del contraente: da ultimo, sul punto, cfr. Cass., 30 settembre 2021, n. 26590.

<sup>65</sup> Cfr. *supra*, nt. 9.

<sup>66</sup> V. a tal proposito anche la Comunicazione Consob n. DTC/13038246 del 6 maggio 2013, cit. (nt. 30) nonché la Comunicazione Banca d' Italia 14 maggio 2018 avente ad oggetto *Operazioni di compravendita di diamanti effettuate attraverso gli sportelli bancari*. Non appare opportuno, ai fini dell' economia del presente lavoro, indagare sui profili relativi all' inquadramento della vicenda come pratica commerciale scorretta. Sul punto, v. i Provvedimenti AGCM nn. 26757 e 26758 del 20 settembre 2017 (in Bollettino AGCM 30 ottobre 2017, n. 41), 27233 del 13 giugno 2018 (in Bollettino AGCM 2 luglio 2018, n. 25), nonché le sentenze TAR Lazio 14 novembre 2018, nn. 10965, 10966, 10967, 10968 e 10969, con cui è stata rigettata la domanda di annullamento dei succitati provvedimenti e delle decisioni con cui l' Autorità ha irrogato le sanzioni amministrative pecuniarie per pratiche commerciali scorrette. In dottrina, cfr. A. CAMPITIELLO, F. ESPOSITO e G. BRONZINI, *Making the Italian Market for 'Investment Diamonds' More Transparent: the IDB and DPI Cases*, in *Riv. it. antitrust*, 2017, pp. 198 ss.

un terzo (per la precisione, una società controllata) avrebbe assunto l'incarico di ricollocarli entro una certa data, al prezzo di mercato<sup>67</sup>.

Con l'operazione non era nemmeno prospettata, a favore dell'acquirente che decidesse di dismettere i diamanti, una specifica forma di rendimento diversa, collegata e/o ulteriore rispetto al valore del bene acquistato.

In buona sostanza, l'acquirente del diamante aveva il pieno diritto di godere e disporre del bene e, dunque, la facoltà di alienarlo o utilizzarlo altrimenti. L'eventuale provento percepito con la (proficua) rivendita del bene rappresentava, dunque, solo una delle possibili modalità di godimento del bene stesso da parte del proprietario<sup>68</sup>.

Non si riscontra, come sopra accennato, la prospettazione, da parte delle società fautrici dell'iniziativa, di uno specifico rendimento. Difatti, sebbene la *res* materiale possa apprezzarsi (o anche deprezzarsi) per effetto dell'andamento delle quotazioni del bene nel tempo, tale circostanza non è di per sé sufficiente per affermare che l'eventuale apprezzamento del bene in parola possa *de facto* costituire una forma di rendimento di natura finanziaria. Ciò che rileva (ai fini dell'individuazione dell'investimento di natura finanziaria) è piuttosto l'effettiva e predeterminata promessa, all'atto dell'instaurazione del rapporto contrattuale, di un rendimento collegato alla *res*. Detta caratteristica non è però rinvenibile nel caso di specie.

Dunque, per configurare un investimento di natura finanziaria, non è sufficiente che vi sia accrescimento delle disponibilità patrimoniali dell'acquirente (cosa che potrebbe realizzarsi attraverso talune modalità di godimento del bene, come ad esempio con la rivendita del diamante) ma è necessario

---

<sup>67</sup> Nella *réclame* veniva rappresentato un grafico nel quale era confrontato l'andamento delle quotazioni dei diamanti – *rectius*, i prezzi liberamente fissati dalla società offerente per i propri diamanti – con l'andamento della quotazione ufficiale dell'oro e con l'andamento del tasso di inflazione, che induceva a credere – contrariamente al vero – che anche per i diamanti si trattasse di quotazioni di mercato alle quali era possibile acquistarli e venderli e che l'andamento dei loro prezzi effettivi fosse continuamente crescente e che il loro acquisto potesse garantire rendimenti medi ben superiori all'inflazione.

<sup>68</sup> A tal proposito, appaiono rilevanti i comunicati stampa delle associazioni di tutela dei consumatori a seguito della sentenza Trib. Milano, 10-15 gennaio 2019, con cui è stato dichiarato il fallimento di una delle società proponenti l'acquisto dei diamanti, volti a promuovere la proposizione della domanda di insinuazione al passivo ex art. 92 l. fall. per ottenere la restituzione dei diamanti ed evitare, così, oltre al danno, la beffa che essi andassero a costituire l'attivo fallimentare. Si veda anche la pronuncia che ha respinto i reclami proposti ex art. 18 l. fall. (App. Milano, 23 aprile 2020), che evidenzia come, di fronte al caso di specie, «è innegabilmente difficile imbattersi in un insieme di riscontri dello stato d'insolvenza più eloquente» di quello testimoniato «dalla sospensione della vendita dei diamanti di investimento (attività principale) a partire dall'ottobre 2016 a seguito dell'inchiesta del programma Report; dalla sanzione comminata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per 2.000.000 confermata dalla sentenza del tar del Lazio del 14/11/2018 per soddisfare la quale la società non ha allo stato mezzi; dal *panic selling* ingenerato nei clienti proprietari dei diamanti acquistati dalla (*Omissis*) s.p.a. e custoditi presso i *caveaux* societari con ingenti costi e il venir meno della fiducia degli acquirenti nuovi che ha determinato il crollo del valore dell'attività sul mercato; dall'impossibilità di far fronte con il proprio patrimonio sociale alle centinaia di mediazioni e al crescente contenzioso con la clientela riguardante l'annullamento e/o la nullità e/o la risoluzione dei contratti di vendita e conseguentemente la restituzione delle somme pagate per l'acquisto dei diamanti e/o il risarcimento dei danni (stimato per circa Euro 30.007.874,52); dall'impossibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi ex art. 182 *bis* L.F.; dall'indisponibilità della compagine sociale alla sottoscrizione di un prestito obbligazionario per Euro 4.500.000».

che l' atteso incremento di valore del capitale impiegato (ed il rischio ad esso correlato) sia elemento intrinseco all' operazione stessa.

6. Finora s' è analizzata la sola ipotesi dell' acquisto di (o, se vogliamo, investimento in) beni rifugio da parte dell' investitore *uti singulis*, ponendo in evidenza gli elementi discriminatori che consentono di qualificare l' operazione come investimento in prodotti finanziari o meno.

Vi è, però, un' altra manifestazione del connubio tra beni rifugio e finanza, che trova il proprio terreno elettivo nel settore dell' arte: i fondi di investimento in opere d' arte o *art funds*<sup>69</sup>.

Diversamente dal caso di investimento in opere d' arte vagliato dalla Suprema Corte<sup>70</sup>, nel quale l' investitore sottoscriveva un contratto di compravendita di opere d' arte a un prezzo scontato rispetto al prezzo indicato in listino, con la facoltà per gli acquirenti di risolvere il contratto e di ottenere, una volta scaduto il termine convenuto, la restituzione dell' importo superiore rispetto a quello versato al momento dell' acquisto e pari al prezzo di listino dell' opera d' arte, nel caso degli *art funds* il gestore del fondo di investimento compravende opere d' arte, determinando così il valore delle relative quote.

Nella gestione collettiva del risparmio, infatti – come è noto – l' attività gestoria si svolge a monte, nell' interesse della collettività degli investitori. Dunque, l' investitore, a differenza di quanto avviene nella gestione individuale, acquisisce una quota di un patrimonio indiviso al quale partecipano *pro quota* anche altri investitori e il gestore del fondo svolge secondo una politica predeterminata la propria attività di investimento e disinvestimento dei beni in cui è investito il patrimonio, per la finalità della sua valorizzazione, nell' interesse collettivo dei partecipanti.

La finalità della gestione collettiva è appunto quella, attraverso la gestione del suo patrimonio e dei relativi rischi, di generare un rendimento per gli investitori derivante dall' acquisto, dalla detenzione o dalla vendita delle attività in cui è investito il patrimonio stesso e dalle operazioni volte a ottimizzare o incrementare il valore delle suddette attività<sup>71</sup>. L' attività di gestione collettiva è svolta dal gestore in maniera standardizzata e spersonalizzata, in tendenziale totale autonomia dagli investitori, i quali – pertanto – non dispongono di poteri connessi alla gestione operativa delle attività in portafoglio. L'

---

<sup>69</sup> Il primo fondo di investimento in opere d' arte è ritenuto essere *La peau de l' Ours*, costituito nel 1904 da André Level, uomo d' affari e collezionista d' arte moderna francese. In materia, oltre alla citata opera di F. CAPRIGLIONE, *I fondi chiusi*, cit., pp. 395 ss., spec. pp. 402 ss., v. anche C. ZAMPETTI, "Arts funds". *Benefici e difficoltà*, in *Analisi giur. econ.*, 2007, pp. 187 ss.; G. IANNACONE, *Fondi comuni di investimento in opere d' arte: opportunità tra problematiche valutative e conflitti di interesse*, *ivi*, pp. 199 ss.; S. SEGNALINI, *Art funds e gestione collettiva del risparmio*, Torino, 2016, *passim*; P. CARRIÈRE, *L' opera d' arte nell' ordinamento finanziario italiano*, in *Banca impr. soc.*, 2017, pp. 515 ss.

<sup>70</sup> Cass., 12 marzo 2018, n. 5911, cit.

<sup>71</sup> L' attività si distingue così dalla mera amministrazione finalizzata alla mera esecuzione di atti conservativi e all' esercizio dei diritti connessi ai beni facenti parte del patrimonio. Cfr. P. CARRIÈRE, *L' opera d' arte*, cit., p. 523.

investitore non ha alcun interesse alla proprietà del bene, avendo un interesse meramente finanziario ad un investimento il cui risultato è – nel caso in discorso – correlato al mercato dell' arte<sup>72</sup>.

La materia è stata sensibilmente innovata dal recepimento, nel nostro ordinamento, della direttiva 2011/61/UE sui gestori di fondi di investimento alternativi (con la novellazione del t.u.f. ad opera del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 44)<sup>73</sup>. Per quanto in questa sede interessa, bisogna dunque volgere lo sguardo non solo alla definizione di organismo di investimento collettivo del risparmio (OICR) di cui all' art. 1, comma 1°, lett. *è*), t.u.f. («l' organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l' emissione e l' offerta di quote o azioni, gestito in monte nell' interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati, a favore di soggetti diversi da consumatori, a valere sul patrimonio dell' OICR, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata»), ma anche a quella di OICR alternativo (o FIA, fondo di investimento alternativo) italiano *ex art.* 1, comma 1°, lett. *m-ter*), t.u.f.

Un FIA italiano è un fondo comune di investimento rientrante nell' ambito di applicazione della direttiva 2011/61/UE, ossia un OICR che raccoglie capitali da una pluralità di investitori al fine di investirli in conformità di una politica di investimento definita a beneficio di tali investitori [cfr. l' art. 4, comma 1°, lett. *a*), direttiva 2011/61/UE]<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti finanziari»*, cit., p. 143, evidenzia come di fronte ai prodotti finanziari che si riferiscono ad un dato dell' economia reale si sia in presenza di un valore diverso da quello rappresentato dalla proprietà del bene, ma non certo autonomo e distaccato.

<sup>73</sup> Sulla direttiva 2011/61/UE (nota anche come *Alternative Investment Fund Managers Directive* o AIFMD) e il suo recepimento nell' ordinamento italiano cfr. P. SPOLAORE, *La gestione collettiva del risparmio*, in *Il Testo Unico Finanziario. I – Prodotti e intermediari*, diretto da M. Cera e G. Presti, Bologna, 2020, pp. 561 ss.; M.L. PASSADOR, *La mano “visibile” del legislatore europeo: il risparmio gestito dalla AIFMD al TUF*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, pp. 99 ss.; C. LAMBERTI, *La disciplina comunitaria dei gestori di fondi di investimento alternativi*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, suppl. al f. 1, pp. 85 ss.; V. RENZULLI, *La disciplina sui gestori di fondi di investimento alternativi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 346 ss.; E. GUFFANTI, *La Direttiva sui fondi alternativi: prime considerazioni*, in *Soc.*, 2011, pp. 1181 ss. Tra le finalità della direttiva AIFMD v' è quello di prevenire ogni possibile rischio di conflitti di interesse, circostanza fisiologicamente in agguato nella gestione collettiva, specie se hanno ad oggetto beni con una natura (e un mercato) peculiari quali le opere d' arte.

<sup>74</sup> Dobbiamo fin d' ora rilevare come in Italia i fondi d' investimento nazionali in opere d' arte non abbiano avuto particolare *appeal* tra i risparmiatori, riscontrandosi un unico fondo che abbia ottenuto l' autorizzazione dalla Banca d' Italia (il fondo *Pinacotheca*, nel maggio 2007): per un approfondimento v. S. SEGNALINI, *Art funds*, cit., pp. 68 ss. Ciò nondimeno, deve segnalarsi che sono numerose le esperienze – sia in ambito eurounitario che non – di *art funds* che potrebbero essere commercializzati in Italia dopo la procedura prevista dagli artt. 43 (per i FIA riservati) e 44 (per i FIA non riservati) t.u.f. e dalla normativa secondaria vertente sull' iter autorizzativo della commercializzazione in Italia (artt. 28-*octies* ss. Regolamento Emittenti, adottato con delibera Consob 14 maggio 1999, n. 11971) e sulle norme in materia di trasparenza e correttezza nella commercializzazione di OICR (artt. 107 ss. Regolamento Intermediari). Sul punto cfr. P. CARRIÈRE, *L' opera d' arte*, cit., p. 532.

La disciplina è poi arricchita dalla normativa secondaria di cui al d.m. Economia e finanze 5 marzo 2015 n. 30<sup>75</sup>, implementato dalla disciplina di vigilanza di cui al Regolamento Banca d' Italia sulla gestione collettiva del risparmio<sup>76</sup>.

Il d.m. Economia e finanze 30/2015, all' art. 4, prevede che il patrimonio dell' OICR possa essere investito in strumenti finanziari negoziati o meno in un mercato regolamentato, depositi bancari di denaro, beni immobili, diritti reali immobiliari, partecipazioni in società immobiliari, crediti e titoli rappresentativi di crediti, nonché altri beni per i quali esiste un mercato e che abbiano un valore determinabile con certezza con una periodicità almeno semestrale. Formula, questa, ribadita dal Regolamento Banca d' Italia sulla gestione collettiva del risparmio (cfr. Par. 1, Tit. V, Cap. III, Sez. V,) per la composizione del portafoglio dei FIA istituiti in forma chiusa, unica tipologia di OICR che, come opportunamente rilevato in dottrina, possono investire in opere d' arte<sup>77</sup>.

L' utilizzo del *medium* OICR consente di dare concretezza alla finanziarizzazione del settore o, meglio, dell' investimento in arte<sup>78</sup>, optando per uno strumento che consente all' investitore di fruire al contempo dell' immediata rivalutazione dei beni d' arte e della pronta liquidazione del loro incremento di valore<sup>79</sup>.

Per l' investimento negli «altri beni» mobili, il gestore indica nel regolamento del fondo limiti di frazionamento che, tenuto conto della natura dei beni e delle caratteristiche dei mercati di riferimento, assicurino il rispetto delle norme prudenziali di contenimento e di frazionamento del rischio. Tali beni debbono essere valutati in base al prezzo più recente rilevato sul mercato di riferimento, eventualmente rettificato anche sulla base di altri elementi oggettivi di giudizio disponibili, compresa l' eventuale valutazione degli stessi effettuata da esperti indipendenti.

Il fatto che debba trattarsi di beni per cui esista un mercato e che abbiano un valore determinabile con certezza con una periodicità almeno semestrale suggerisce di soffermarsi sulla ricomprendibilità delle opere d' arte tra detti beni e sulla compatibilità del mercato dell' arte con il contesto della gestione collettiva del risparmio. Per quanto non possa mettersi in discussione che esista un mercato dei beni artistici (intendendosi per mercato l' unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene o

<sup>75</sup> Regolamento attuativo dell' articolo 39 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) concernente la determinazione dei criteri generali cui devono uniformarsi gli Organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) italiani.

<sup>76</sup> Provvedimento Banca d' Italia del 19 gennaio 2015 e ss.mm.ii.

<sup>77</sup> Meglio ancora se la partecipazione è riservata a investitori professionali e alle categorie di investitori individuate dal d.m. Economia e finanze 30/2015 [cfr. l' art. 1, comma 1°, lett. *m*-quater), t.u.f.], data anche la possibilità del conferimento di beni in natura (in tal caso, i beni d' arte) ex art. 10, comma 6°, d.m. Economia e finanze 30/2015: così F. CAPRIGLIONE, *I fondi chiusi*, cit., pp. 410, 421; S. SEGNALINI, *Art funds*, cit., pp. 71, 76 s. Sulla possibilità dei partecipanti di conferire beni per liberare i titoli di partecipazione al fondo v. anche P. SPOLAORE, *La gestione collettiva del risparmio*, cit., p. 586.

<sup>78</sup> F. CAPRIGLIONE, *I fondi chiusi*, cit., p. 404; S. SEGNALINI, *Art funds*, cit., p. 3.

<sup>79</sup> Tale risultato sarebbe realizzabile in presenza di una regolamentazione del fondo che subordini l' acquisto delle opere d' arte ad una precisa analisi tecnica e permetta al fondo medesimo la possibilità di una immediata alienazione dei beni: così F. CAPRIGLIONE, *I fondi chiusi*, cit., p. 409.

date categorie di beni, il *locus artificialis* degli scambi, «cioè delle relazioni in cui ciascuna parte dà all' altra e riceve dall' altra, o, meglio, dà in quanto e perché riceve») <sup>80</sup>, il settore presenta delle peculiarità dipendenti dalla natura stessa dei beni, pacificamente rientranti tra gli *Hard-To-Value-Asset* (HTVA) <sup>81</sup>: trattasi di beni i quali, *inter alios*, richiedono un' attività valutativa complessa che richiede di norma il ricorso ad uno specialista.

Per soddisfare le esigenze di stimare il valore con periodicità almeno semestrale richieste dalla normativa secondaria, è stato molto correttamente evidenziato come il regolamento di un fondo chiuso di beni d' arte debba prevedere un' attività di valutazione di periti indipendenti, con cui si identifichino i dati qualitativi e il prezzo di stima di un determinato bene, accompagnata dalla redazione con periodicità almeno semestrale di un catalogo di tutti i beni di proprietà del fondo contenente la puntuale indicazione delle valutazioni dei succitati periti. Ciò appare coerente con la prescrizione della cadenza semestrale dell' attività valutativa, che tiene conto della connaturata variabilità del giudizio degli specialisti coinvolti (che è determinato da numerosi parametri) <sup>82</sup> ed evidenzia inoltre come non vi sia identità tra i concetti di «certezza» – soddisfatta con la menzionata attività peritale e di trasparenza sulle informazioni relative alle opere d' arte – ed «univocità» del valore <sup>83</sup>.

Non da ultimo, la forma chiusa consente di fissare il termine di durata dell' OICR in un massimo di cinquant' anni (art. 6, comma 2°, d.m. Economia e finanza 30/2015): ciò risulta particolarmente congeniale ad investimenti a lungo termine, quali quelli in arte <sup>84</sup>.

L' esempio degli *art funds* risulta emblematico su come la gestione collettiva del risparmio, in questo caso, possa far acquisire natura finanziaria ad una attività (sebbene svolta in via indiretta) che, per quanto

---

<sup>80</sup> Per utilizzare la nota formula di N. IRTI, *L' ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*, ma spec. pp. 81 ss. Sull' esistenza di un mercato dei beni d' arte v. F. CAPRIGLIONE, *I fondi chiusi*, cit., pp. 413 ss.

<sup>81</sup> Sugli HTVA v., da ultimo e per tutti, M. BINI, *La stima del valore di mercato delle attività difficili da valutare (Hard-to-Value-Asset) in tempi di Covid-19*, in *Soc.*, 2020, pp. 871 ss., il quale offre una interessante disamina sulle conseguenze della crisi pandemica nelle stime periodiche del valore di mercato per questa tipologia attività nell' ambito dei fondi alternativi d' investimento.

<sup>82</sup> Uno dei quali è il c.d. effetto portafoglio: M. BINI, *La stima del valore di mercato*, cit., p. 876 evidenzia come le HTVA siano normalmente possedute da soggetti che detengono un portafoglio di attività della stessa specie (*id est* il caso dei fondi di investimento in beni d' arte). Un portafoglio di attività simili può caratterizzarsi per un valore di mercato superiore (c.d. *portfolio premium*) o inferiore (c.d. *portfolio discount*) rispetto alla somma dei valori di mercato delle singole attività considerate singolarmente. Il premio di portafoglio è legato alla qualità con cui il portafoglio è stato costruito. In una collezione di opere d' arte, ciò si concreta nelle modalità di costruzione della collezione stessa: se è stata ben costruita il suo valore può essere superiore a quello delle opere singolarmente considerate, perché la ricostruzione di una simile collezione richiederebbe tempi e costi aggiuntivi rispetto al semplice investimento nei singoli beni d' arte; se invece la collezione non segue criteri riconosciuti validi da altri collezionisti, vale l' opposto.

<sup>83</sup> Così, precisamente, F. CAPRIGLIONE, *I fondi chiusi*, cit., pp. 421 ss. V. anche P. CARRIÈRE, *L' opera d' arte*, cit., pp. 531 s., il quale – richiamando S. SEGNALINI, *Art funds*, cit., pp. 91 ss. – ritiene che la peculiarità degli *art funds* richieda l' adozione di presidi organizzativi e modelli operativi peculiari.

<sup>84</sup> Così S. SEGNALINI, *Art funds*, cit., p. 72.



visto, se effettuata direttamente dall' investitore non avrebbe tale carattere<sup>85</sup>. L' investimento e disinvestimento in (*rectius*, l' acquisto e la vendita di) beni d' arte da parte dell' investitore non avrebbe natura finanziaria, ma se la stessa attività avviene nell' ambito della gestione in monte dell' OICR nell' interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi in base a una politica d' investimento predeterminata, tale attività assume per l' investitore – indirettamente, con la sottoscrizione delle quote del fondo – natura finanziaria.

Paradossalmente, nel caso di un fondo chiuso riservato, l' investitore professionale potrebbe addirittura partecipare conferendo un' opera d' arte a tal uopo acquistata<sup>86</sup>, avvalendosi di un investimento non avente natura finanziaria per investire in strumenti finanziari la cui *performance* è determinata proprio dalla gestione operativa del patrimonio raccolto dall' OICR.

7. L' intermediazione di istituti di credito nelle operazioni di *passion investments*, sia che configurino o meno un' operazione avente natura finanziaria, invita a soffermarsi sia su un' indagine circa la natura sia dell' attività svolta che della responsabilità nascente nel caso di un danno all' investitore.

Innanzitutto, deve in ogni caso escludersi che tale attività rientri tra i servizi di investimento, in quanto gli stessi – che la banca è legittimata a svolgere *ex art. 18 t.u.f.* – hanno per oggetto strumenti finanziari (cfr. art. 1, comma 5° , t.u.f.).

7.1. Se l' investimento ha natura finanziaria ed è pertanto qualificabile come prodotto finanziario, andrà esaminata l' attività della banca sia in ordine all' offerta al pubblico (*id est* l' attività di sollecitazione con la quale propone al mercato di sottoscrivere o acquistare prodotti finanziari) che al collocamento (ossia l' attività affinché i prodotti siano collocati presso gli investitori finali).

Queste attività, per quanto strettamente interdipendenti<sup>87</sup>, in una via quantomeno teorica non sono essenzialmente collegate e ciò emerge altresì dalla previsione di diversi regimi di responsabilità per l' intermediario offerente e quello collocatore (art. 94, commi 8° e 9° t.u.f.)<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> *Contra* S. SEGNALINI, Art funds, cit., p. 21, che ritiene che possa parlarsi dei beni d' arte «se non in termini di strumenti finanziari, perlomeno di prodotti finanziari, nell' accezione (...) sicuramente applicabile ai beni d' arte una volta che può ormai essere data per accertata la loro finanziarizzazione». Circostanza, questa, smentita dalla pacifica classificazione dei prodotti finanziari esposta *supra* ai §§ 3, 4, 4.1 e 5.

<sup>86</sup> Cfr. *supra* nt. 77.

<sup>87</sup> L' offerta avrà maggiori probabilità di successo grazie all' intervento dell' intermediario-collocatore normalmente in grado di avvicinare una platea ampia di investitori: così M.C. MOSCA, *Collocamento e offerta al pubblico. Riflessioni su una relazione non strettamente necessaria*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 649.

<sup>88</sup> In argomento, non si può prescindere dalla lettura di F. ACCETTELLA, *Il collocamento di strumenti finanziari*, Milano, 2013, pp. 161 ss.

Società emittente e banca offerente e/o collocatrice sono soggette alla disciplina dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari di cui agli artt. 94 ss. t.u.f. e al rispetto delle norme di correttezza di cui alla disciplina secondaria emanata dalla Consob ai sensi dell'art. 95, comma 2°, t.u.f.<sup>89</sup>.

Tali norme, oggi contenute nell'art. 34-*sexies* Regolamento Emittenti, prescrivono all'emittente, all'offerente e al collocatore di prodotti finanziari (nonché a coloro che si trovano in rapporto di controllo o di collegamento con tali soggetti) di attenersi a principi di correttezza, trasparenza e parità di trattamento dei destinatari dell'offerta al pubblico che si trovino in identiche condizioni e di astenersi dal diffondere notizie non coerenti con il prospetto o idonee ad influenzare l'andamento delle adesioni.

Ai sensi dell'art. 94, comma 8°, t.u.f. l'emittente, l'offerente e l'eventuale garante, a seconda dei casi, nonché le persone responsabili delle informazioni contenute nel prospetto rispondono, ciascuno in relazione alle parti di propria competenza, dei danni subiti dall'investitore che abbia fatto ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto.

Dalla formulazione della norma emergono dubbi in ordine alla natura solidale della responsabilità dei vari soggetti coinvolti nell'offerta al pubblico: se, facendo leva sul tenore letterale, parte della dottrina esclude la solidarietà dalla regola dell'art. 94, comma 8°, t.u.f.<sup>90</sup>, altra (con argomentazioni maggiormente persuasive), sottolineando come la fattispecie presenti una pluralità di debitori, un'*eadem res debita* e un'*eadem causa obligandi*, ritiene sussistano i requisiti di cui all'art. 1294 c.c.<sup>91</sup>. Ciò appare inoltre coerente, in un'ottica sistemica, con le esigenze di tutela dell'investitore<sup>92</sup>.

Simile incertezza non si presenta in relazione alla regola di cui all'art. 94, comma 9°, t.u.f., il quale prevede una responsabilità per informazioni false o per omissioni idonee ad influenzare le decisioni di un investitore ragionevole in capo all'intermediario responsabile del collocamento così accrescendo la tutela dell'investitore<sup>93</sup>, in quanto l'emittente affianca, sulla base di un meccanismo improprio di responsabilità solidale, un soggetto che accompagna quest'ultimo nell'attività di raccolta, impegnando la propria reputazione<sup>94</sup>.

---

<sup>89</sup> S. ALVARO, *Il quadro normativo italiano in tema di commercializzazione di pietre preziose presso lo sportello bancario*, in *Banca impr. soc.*, 2017, pp. 166 s.

<sup>90</sup> Cfr. A. ANELLI, *La responsabilità da prospetto fra novità legislative e sentenze della Suprema Corte*, in *Soc.*, 2011, p. 416; P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, pp. 226 ss., spec. p. 227, il quale evidenzia come nella prassi la parzialità della responsabilità sia superata mediante una assunzione volontaria di responsabilità imposta all'emittente dal responsabile del collocamento.

<sup>91</sup> A. BELOTTI, *La responsabilità solidale nel collocamento di prodotti finanziari*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 683 ss. trae spunti per corroborare tale tesi applicando analogicamente l'art. 2339, comma 2°, c.c. V. anche S. BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto verso il pubblico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 787.

<sup>92</sup> A. BELOTTI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 685; S. BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto*, cit., p. 787.

<sup>93</sup> M.C. MOSCA, *Collocamento e offerta al pubblico*, cit., pp. 673 s. V. anche A. BELOTTI, *La responsabilità solidale*, cit., pp. 686 ss.

<sup>94</sup> V. G. FERRARINI, *L'ammissione a quotazione: natura, funzione, responsabilità e «self-listing»*, in *Analisi giur. econ.*, 2002, p. 193 s.

È possibile qualificare le responsabilità descritte come responsabilità per colpa oggettiva<sup>95</sup>, in quanto entrambe le disposizioni introducono una presunzione *iuris tantum* di responsabilità, dalla quale i soggetti indicati possono essere esonerati dimostrando di aver adottato ogni diligenza allo scopo di assicurare che le informazioni in questione fossero conformi ai fatti e non presentassero omissioni tali da alterarne il senso.

Ciò sarebbe inoltre elemento corroborante la natura aquiliana della responsabilità da prospetto<sup>96</sup>: se si fosse trattato di responsabilità contrattuale, non sarebbe stato necessario introdurre una presunzione semplice di colpevolezza<sup>97</sup>. Inoltre, in presenza di offerte al pubblico di prodotti finanziari l'aderente all'offerta è in grado di determinare la propria scelta contrattuale non già sulla base di un'interlocuzione diretta con la controparte, bensì unicamente alla luce delle informazioni reperibili sul mercato. Ove, quindi, vi sia stata violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che correda l'offerta, trattandosi di regole volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti per consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli, si configura un'ipotesi di violazione del dovere di *neminem laedere* e, per ciò stesso, la possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito secondo i principi della responsabilità aquiliana<sup>98</sup>.

Inoltre, il termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 11° comma dell'art. 94 t.u.f. appare come un ulteriore elemento utile a suffragare la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità in discorso.

Il richiamo delle norme di correttezza di cui all'art. 36-*sexies* Regolamento Emittenti al rispetto dei principi di correttezza, trasparenza e parità di trattamento dei destinatari dell'offerta al pubblico non è di per sé sufficiente a qualificare come contrattuale o precontrattuale la responsabilità della banca offerente o collocatrice, in quanto si tratta di un obbligo diverso da quello cui più specificamente allude l'art. 1337 c.c., al cui disposto, pertanto, è lecito fare riferimento – in situazioni come quella in esame – solo nella misura in cui si rinviene in esso un'applicazione del generale dovere di buona fede, che senza alcun

<sup>95</sup> Così S. BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto*, cit., p. 787.

<sup>96</sup> Per una ricostruzione dell'ampio dibattito sulla natura della responsabilità da prospetto prima del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva 2003/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari v. A. ANELLI, *La responsabilità da prospetto*, cit., pp. 418 ss., nonché G. D'ALFONSO, *Responsabilità da prospetto informativo*, Napoli, 2002, *passim*.

<sup>97</sup> Ancora, S. BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto*, cit., p. 789.

<sup>98</sup> Così, esattamente, Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Soc.*, 2011, pp. 411 ss., con nota di A. ANELLI, *La responsabilità da prospetto*, cit., e in *Resp. civ.*, 2012, pp. 801 ss., con nota di A. ZANARDO, *La Suprema Corte si pronuncia sulla responsabilità "da prospetto"*; v. anche Cass., sez. un., 8 aprile 2011, n. 8034, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, pp. 698 ss., con nota di A. GARDELLA, *La frode Madoff non sfugge alla giurisdizione italiana: responsabilità transfrontaliera da prospetto ed interpretazione del PRIMA*. In giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano, 18 maggio 2017, in *Soc.*, 2017, pp. 1361 ss., con commento di M. ARRIGONI, *Nesso di causalità e quantum del risarcimento nella responsabilità da prospetto*.

dubbio deve improntare anche il comportamento di chi propone un' offerta al pubblico di prodotti finanziari.

Volgendo il discorso alla quantificazione del danno risarcibile, non può essere trascurato il riferimento alla "ragionevolezza" dell' investitore e dell' affidamento che costui abbia fatto delle informazioni – incomplete o non veritiere – diffuse, *ex art.* 94, commi 8° e 9°, t.u.f.<sup>99</sup>. Ciò implica che il discorso sia pervaso dall' incidenza del concorso di colpa ai sensi del combinato disposto degli artt. 2056, comma 1°, e 1227 c.c.

Se una giurisprudenza di legittimità ha ravvisato che l' investitore non abbia alcun dovere di compiere un' attività di verifica e di controllo della veridicità delle informazioni contenute nel prospetto, essendo detta attività espressamente demandata alla Consob<sup>100</sup>, per cui – contando solo i documenti ufficiali – l' affidamento fondato su dati inveridici esula dall' alea insita nell' investimento avente natura finanziaria e, conseguentemente, l' errata valutazione del rischio, proprio perché non calcolabile non può essere imputata all' investitore, neppure ai fini del suo concorso di colpa ai sensi dell' art. 1227 c.c. (salvo che si provi che questi conosceva comunque e nella sua effettiva entità e natura il rischio), altra giurisprudenza ha ravvisato che la colpa possa essere imputata all' investitore nel caso in cui la contezza della mendacia delle informazioni venga appresa attraverso una fonte "esterna" quale gli organi di stampa<sup>101</sup>.

D' altra parte, il valore di un prodotto finanziario è influenzato da una molteplicità di fattori, quindi il danno risarcibile non può *sic et simpliciter* coincidere con la differenza fra il prezzo pagato dall' investitore e la quotazione attribuita dal mercato al titolo successivamente alla scoperta della falsità del prospetto.

Dottrina<sup>102</sup> e giurisprudenza<sup>103</sup> hanno affermato la risarcibilità dell' intera tipologia di danni da informazione e, cioè, dei danni da investimento o mancato disinvestimento (se le informazioni

---

<sup>99</sup> Per S. BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto*, cit., p. 794, l' affidamento è presunto (*iuris tantum*) nel sistema: i mercati finanziari sono congegnati per garantire l' attendibilità delle informazioni che incide sulla determinazione dei prezzi e sulla volontà degli investitori.

<sup>100</sup> Cfr. Cass., 17 novembre 2016, n. 23418; Cass., 25 febbraio 2009, n. 4587, in *Foro it.*, 2009, I, cc. 3355 ss.; Cass., 3 marzo 2001, n. 3132.

<sup>101</sup> Cass., 27 aprile 2016, n. 8394.

<sup>102</sup> S. BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto*, cit., p. 794. Precedentemente, v. M. PINARDI, *La responsabilità per danni da informazione nel mercato finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, 363.

<sup>103</sup> Sul danno da investimento cfr. Trib. Milano, 22 settembre 1986, in *Soc.*, 1987, p. 162. Sul danno da mancato investimento v. Trib. Napoli, 16 giugno 1986, per cui una omessa o insufficiente informazione in occasione dell' aumento del capitale sociale può essere causa di una mancata formazione della volontà di sottoscrizione dello stesso e quindi, se la società è in buone condizioni patrimoniali, di una perdita di c.d. *chance* economica, mentre se la falsità del bilancio occulta uno stato patrimoniale insufficiente, la mancata sottoscrizione dell' aumento del capitale non produce alcun danno. Sul danno per mancato disinvestimento, invece, v. Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Giur. it.*, 2000, I, p. 554 in cui il danno risarcibile è consistito nel mantenimento dell' investimento dovuto alla falsa rappresentazione della situazione patrimoniale nella documentazione sociale; Trib. Milano, 29 settembre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, pp. 42 ss., in cui i soci, di fronte a bilanci costantemente in attivo, ma in realtà falsi e sostanzialmente in perdita, si astengono dal negoziare i titoli in loro possesso prima del totale azzeramento del loro valore, proprio perché tratti in inganno da quelle comunicazioni sociali non veritiere. Per il danno da disinvestimento v. invece Trib. Chiavari, 18 gennaio 1993, in *Soc.*, 1993, p. 823, riguardante un caso di cessione di azioni ad un

rappresentano una situazione più rosea di quella reale) ovvero da disinvestimento o mancato investimento (se le informazioni dipingono, invece, una situazione peggiore).

Appare oggi prevalente l' applicazione di una liquidazione del danno che tenga conto del valore che i prodotti finanziari avrebbero avuto sul mercato a fronte di una corretta informazione, risarcendo la differenza fra il prezzo corrisposto al momento dell' operazione per acquistare o sottoscrivere i prodotti oggetto dell' operazione e il loro effettivo valore economico, non emerso al momento dell' operazione<sup>104</sup>.

Questa impostazione appare essere eccessivamente ancorata a fattispecie astratte, non tenendo debitamente in conto il richiamo alla ragionevolezza operato dall' art. 94, commi 8° e 9°, t.u.f.

Di talché appaiono sistematicamente più coerenti le argomentazioni della giurisprudenza di merito che, pur partendo dalla differenza tra il complessivo esborso sostenuto per l' investimento e il valore residuo dei prodotti finanziari sottoscritti, sottraggono poi l' ulteriore somma conseguibile liquidando tempestivamente l' investimento, così limitando l' importo da riconoscere a titolo risarcitorio in favore dell' investitore in ragione del minor danno che lo stesso avrebbe potuto conseguire qualora avesse provveduto alla cessione dei prodotti in portafoglio in un ragionevole arco di tempo, specie là dove si possa configurare un preciso interesse al disinvestimento una volta emersa la falsità delle comunicazioni sociali. Pur così riconoscendo che l' investitore debba mitigare il danno liquidando l' investimento<sup>105</sup>, risulta arduo – se non impossibile – fissare con precisione il momento in cui sorge in capo all' investitore tale onere e deve in ogni caso essere assicurato a costui un adeguato *spatium deliberandi* che elimini le distorsioni sul prezzo che sarebbero causate da un *panic selling*. Per cui, viene adottata una liquidazione del danno in via equitativa facendo ricorso a una valutazione secondo il prezzo medio di mercato in un determinato periodo successivo al momento di svelamento del vero<sup>106</sup>.

Deve però registrarsi un recente affinamento di tale impostazione, che – nel caso di investitore *retail* – fa un ulteriore ricorso alla tecnica statistica dell' *event case*, ravvisando l' opportunità di ridurre il danno in via equitativa attraverso la depurazione della perdita patrimoniale subita dall' investitore (sempre pari all' ammontare dell' investimento al netto del suo minor valore al momento della scoperta della falsità

---

prezzo inferiore al valore reale in quanto il bilancio sottovalutava il patrimonio sociale.

<sup>104</sup> Cass., 30 gennaio 2019, n. 2654; Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, cit.; Trib. Milano, 25 luglio 2008. Specificamente sul danno da mancato disinvestimento v. Trib. Milano, 30 giugno 2009, che afferma che possono essere oggetto di possibile valutazione ai fini del decidere anche gli atti compiuti e le sentenze emesse in altro processo, come i comunicati Consob ed i provvedimenti dell' AGCM, in quanto rappresentativi di fatti.

<sup>105</sup> M. ARRIGONI, *Nesso di causalità*, cit., p. 1374 critica tale impostazione evidenziando come vi siano in concreto situazioni nelle quali risulta maggiormente ragionevole mantenere l' investimento anziché procedere alla sua immediata liquidazione. Per cui, l' eventuale incremento del pregiudizio patrimoniale da addossare all' investitore a titolo di concorso di colpa è quello che consegue al momento in cui il mercato ha “assorbito” l' informazione non corretta. Sarà solo da tale successivo momento che l' investitore sarà in grado di decidere se mantenere o liquidare l' investimento, così rientrando nella sua sfera di rischio il successivo deprezzamento del prodotto finanziario.

<sup>106</sup> Trib. Milano, 18 maggio 2017, cit.

delle informazioni) tenendo conto dell' andamento complessivo del mercato, in quanto si deve verosimilmente presumere che costui, fuorviato dalle false informazioni al momento della decisione di effettuare un dato investimento, in ogni caso avrebbe impegnato il proprio capitale con operazioni di analoga natura<sup>107</sup>.

7.2. Là dove, invece, si sia di fronte ad una operazione qualificabile come compravendita di beni mobili, va valutato se l' attività di intermediazione della banca sia consentita, rientrando tra le «attività connesse o strumentali» che *ex art. 10, comma 3°*, t.u.b. le banche possono esercitare assieme all' attività bancaria ed ogni altra attività finanziaria<sup>108</sup>.

Se le attività strumentali sono di facile individuazione, intendendosi per tali le attività in funzione servente del migliore esercizio dell' attività della banca<sup>109</sup>, non altrettanto intuitivo è cosa costituisca attività connessa.

Illuminante, a tal proposito, è l' impostazione che autorevole dottrina ha adottato ai fini della individuazione dei confini delle attività connesse, sfruttando la *ratio* sottesa alla formulazione dell' art. 2135 c.c. (sebbene *ante* modifiche apportate dal d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228) per le attività connesse all' impresa agricola, per cui determinate attività, di per sé considerate ontologicamente estranee all' attività agricola, quando rientrano nell' esercizio normale dell' agricoltura sfuggono alla qualifica (e alla disciplina) dell' impresa commerciale per essere assorbita da quella dell' attività principale<sup>110</sup>. Il medesimo discorso vale anche nella vigente formulazione dell' art. 2135, comma 3°, c.c., in quanto accentua il rilievo dell' utilizzo di attrezzature e risorse aziendali in funzione di connessione<sup>111</sup>.

Riassumendo, sono dunque attività connesse le attività di impresa che di per sé prese sono ontologicamente estranee all' attività bancaria, finanziaria<sup>112</sup> o ad attività ad esse strumentali<sup>113</sup>, esercitate

<sup>107</sup> V. Trib. Milano, 25 maggio 2019, pronunciandosi sul danno da prospetto per l' acquisto di un pacchetto azionario quotato in borsa, tiene conto dell' andamento complessivo del mercato azionario italiano nel periodo di riferimento, essendo ampiamente presumibile che l' investitore, fuorviato dalle false informazioni al momento della decisione di investire acquistando quel dato titolo in luogo di un altro, in ogni caso si sarebbe rivolto al mercato borsistico per i propri investimenti e dunque avrebbe pur sempre acquistato titoli quotati in borsa.

<sup>108</sup> Trattasi di attività che potrebbero costituire autonoma attività di impresa: così P. FERRO-LUZZI, *La «connessione» delle attività connesse delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 148; U. MORERA e E. MARCHISIO, *Sulle attività connesse ex art. 10, comma 3°, T.U.B.*, *ivi*, 2016, I, pp. 718 s.; G. DESIDERIO, *Le attività connesse e strumentali esercitate dalle banche*, in *Le attività delle banche*<sup>2</sup>, a cura di A. Urbani, Padova, 2020, p. 494.

<sup>109</sup> Per tutti, ancora P. FERRO-LUZZI, *La «connessione» delle attività connesse*, cit., p. 148.

<sup>110</sup> Lucidamente, P. FERRO-LUZZI, *La «connessione» delle attività connesse*, cit., pp. 149 s., nonché U. MORERA e E. MARCHISIO, *Sulle attività connesse*, cit., p. 720.

<sup>111</sup> Circostanza sulla quale, invece, G. DESIDERIO, *Le attività connesse e strumentali*, cit., p. 499, fonda la critica alla tesi del Ferro-Luzzi, citata nella nota precedente.

<sup>112</sup> Tra queste, la banca potrebbe addirittura svolgere un ruolo attivo nell' operazione, effettuando attività di gestione o consulenza nella gestione di patrimoni [cfr. l' art. 1, comma 2°, lett. f), n. 11, t.u.b. per le attività ammesse al mutuo riconoscimento]. Sul punto v. G. FAUCEGLIA, *Commento all' art. 10 t.u.b.*, in *Comm. t.u.b.* Costa, I, Torino, 2013, p. 78.

<sup>113</sup> U. MORERA e E. MARCHISIO, *Sulle attività connesse*, cit., p. 719.

in via non principale dalla banca, ma per le quali sussista un legame che fa sì che la banca stessa, nello svolgimento del suo ciclo economico, utilizzi i propri fattori della produzione per svolgere in via marginale<sup>114</sup> anche tali altre attività<sup>115</sup>.

Ciò fa sì che quella delle attività connesse sia una categoria i cui confini sono talmente ampi che risulta impossibile determinare *a priori* quali attività la banca possa svolgere in via accessoria<sup>116</sup>. L'unico limite è che si tratti di attività i cui rischi non devono poter pregiudicare la sana e prudente gestione della banca *ex art. 5, comma 1°*, t.u.b., specialmente in relazione ai rischi operativi e reputazionali<sup>117</sup>.

E così, l'attività della banca concretantesi nell'intermediazione nella commercializzazione di diamanti così come, in generale, di *passion investments* è attività connessa all'attività bancaria *ex art. 10 t.u.b.*<sup>118</sup>.

Quanto alla condotta che la banca deve osservare nell'esercizio di attività di tal guisa, la Banca d'Italia<sup>119</sup> ha ammonito gli enti creditizi a prestare la massima attenzione alle esigenze conoscitive dei clienti. In particolare, nel caso della commercializzazione di diamanti, le banche, oltre a considerare le caratteristiche finanziarie dei clienti cui è rivolta la proposta di acquisto, devono assicurare adeguate verifiche sulla congruità dei prezzi e predisporre procedure volte a garantire la massima trasparenza informativa sulle caratteristiche delle operazioni segnalate, quali le commissioni applicate, l'effettivo valore commerciale e le possibilità di rivendita delle pietre preziose. La Banca d'Italia sottolinea l'importanza del fatto che i potenziali clienti ricevano dalle banche che propongono la vendita di diamanti le informazioni necessarie a effettuare le operazioni in modo consapevole e che alle banche spetta di

---

<sup>114</sup> Che le attività connesse debbano essere svolte non in via principale è messo in evidenza da C. BRESCIA MORRA, *Commento all' art. 10*, in *Comm. t.u.b.* Belli, Losappio, Porzio, Rispoli Farina e Santoro, Milano, 2010, p. 106, nonché da U. MORERA e E. MARCHISIO, *Sulle attività connesse*, cit., p. 720.

<sup>115</sup> Cfr. P. FERRO-LUZZI, *La «connessione» delle attività connesse*, cit., p. 151; U. MORERA e E. MARCHISIO, *Sulle attività connesse*, cit., pp. 721 s.

<sup>116</sup> P. FERRO-LUZZI, *La «connessione» delle attività connesse*, cit., p. 152. V. anche A. URBANI, *Banca, attività bancaria, attività delle banche*, in *Le attività delle banche*, cit., p. 18.

<sup>117</sup> Cfr. P. FERRO-LUZZI, *La «connessione» delle attività connesse*, cit., p. 153; U. MORERA e E. MARCHISIO, *Sulle attività connesse*, cit., p. 724; S. ALVARO, *Il quadro normativo italiano*, cit., p. 175; G. DESIDERIO, *Le attività connesse e strumentali*, cit., p. 496.

<sup>118</sup> U. MORERA e E. MARCHISIO, *Sulle attività connesse*, cit., p. 723; S. ALVARO, *Il quadro normativo italiano*, cit., p. 152. Sulla vendita di diamanti e oro da investimento quale attività connessa v. G. DESIDERIO, *Le attività connesse e strumentali*, cit., p. 499. Si registrano inoltre diverse decisioni dell'Arbitro Bancario-Finanziario che hanno dichiarato l'inammissibilità *ratione materiae* del ricorso vertente sulla commercializzazione di diamanti presso gli intermediari in quanto attività connessa a quella tipicamente riservata a tali soggetti, come tale in alcun modo sussumibile nel paradigma delle operazioni relative a servizi bancari/finanziari che costituiscono l'ambito cognitivo dell'ABF: v. le Decisioni ABF – Collegio di Bologna, 11 ottobre 2018, n. 21328, 29 ottobre 2018, n. 22690, 26 novembre 2018, n. 24902 e 22 marzo 2019, n. 8089; ABF – Collegio di Torino, 13 marzo 2019, n. 7302; ABF – Collegio di Palermo 10 dicembre 2019, nn. 26089 e 26090. Ha invece escluso l'applicabilità della disciplina sui servizi di investimento, pur essendo l'operazione avvenuta per il tramite del canale bancario, con conseguente esclusione dal suo ambito di operatività l'Arbitro per le Controversie Finanziarie con la Dichiarazione prot. 86134/17 del 5 luglio 2017.

<sup>119</sup> Comunicazione Banca d'Italia 14 maggio 2018 avente ad oggetto *Operazioni di compravendita di diamanti effettuate attraverso gli sportelli bancari*, cit.

porre in essere tutti i controlli necessari ad assicurare che questa attività venga svolta nel pieno rispetto delle regole<sup>120</sup>.

Nel caso in cui da tale attività il cliente subisca nocumento, potrebbero presentarsi dubbi sulla qualificazione della natura della responsabilità dell' ente creditizio. Solitamente, infatti, questi contratti vengono conclusi dalla banca con propri clienti, i quali – però – sono clienti della banca non in virtù della conclusione del contratto di compravendita del bene rifugio, bensì ad altro titolo (ad esempio, in ragione di un rapporto di conto corrente bancario). La banca, infatti, svolge una mera attività di mediazione e il contratto di compravendita viene concluso tra il risparmiatore e la società proponente l' investimento in attività reali o di consumo.

Come è noto, l' art. 1754 c.c. non contiene la definizione della mediazione, bensì individua il mediatore in colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. Il mediatore, interponendosi in maniera neutrale e imparziale tra due contraenti, ha soltanto l' onere di metterli in relazione, appianarne le divergenze e farli pervenire alla conclusione dell' affare, alla quale è subordinato il diritto al compenso, senza che l' indipendenza del mediatore possa venir meno per la unilateralità del conferimento dell' incarico, ovvero per il fatto che il compenso sia previsto a carico di una sola parte o in maniera diseguale<sup>121</sup>.

Accanto alla mediazione tipica, è però configurabile una mediazione c.d. atipica, in cui l' attività dell' intermediario è prestata esclusivamente nell' interesse di una delle parti (c.d. mediazione unilaterale)<sup>122</sup>, che ricorre nel caso in cui il mediatore abbia ricevuto l' incarico, da uno dei contraenti, di svolgere un' attività intesa alla ricerca di una persona interessata alla conclusione di uno specifico affare, a determinate e prestabilite condizioni<sup>123</sup>.

Al di là del fatto che possa discutersi se l' attività di intermediazione della banca nella commercializzazione di diamanti possa essere qualificata come tipica o atipica, dal momento che, sebbene l' incarico sia conferito unilateralmente dalla società proponente, l' ente creditizio ben può svolgere tale attività in maniera imparziale, in quanto anche nei confronti del cliente ha tutto l' interesse – quantomeno di natura reputazionale – a fargli concludere un contratto che soddisfi le sue esigenze di investimento

---

<sup>120</sup> Tale obbligo di condotta delle banche non si spinge però a un vaglio del contenuto del contratto: U. MORERA e E. MARCHISIO, *Sulle attività connesse*, cit., p. 725, nt. 51, pongono in luce come ogni qualvolta la banca svolga attività di vendita sulla scorta di contratti *standard* predisposti da imprese terze, quali polizze assicurative o contratti d' altro tipo, essa non è tenuta a effettuare una dettagliata analisi tecnico-giuridica dei contenuti dei singoli regolamenti negoziali costituenti la base contrattuale dei prodotti promossi, collocati o venduti nell' ambito dell' attività connessa.

<sup>121</sup> V. Cass. 27 giugno 2002, n. 9380; Cass. 7 aprile 2005, n. 7252.

<sup>122</sup> Cfr. Cass., 24 febbraio 2009, n. 4422.

<sup>123</sup> Così Cass., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161, in *Giur. comm.*, 2018, II, pp. 923 ss., con nota di C. IPPOLITI, *Il diritto del mediatore atipico alla provvigione e l' obbligo di iscrizione al ruolo nella decisione delle Sezioni Unite*, Cass., 4 novembre 2019, n. 28269.



(anche se di carattere non finanziario), la migliore dottrina ha posto in evidenza come il fatto che trattasi di attività connessa consente di escludere l'applicabilità dei presidi contemplati a protezione dell'attività del mediatore dalla l. 3 febbraio 1989, n. 39<sup>124</sup>.

7.3. L'uso della categoria della mediazione atipica quale strumento interpretativo capace di racchiudere in sé le molteplici figure di intermediari nella promozione di affari che, pur non rientrando nella definizione codicistica di mediatore, svolgono attività assimilabili a quella esercitata da quest'ultimo, consente inoltre l'estensione della relativa disciplina, ivi compresa quella relativa agli obblighi di diligenza. Infatti, nel caso dell'attività mediatizia, l'art. 1759 c.c. prevede che il mediatore debba comunicare alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione ed alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso<sup>125</sup>, senza che, però, tale obbligo di informazione si debba spingere oltre la semplice trasmissione delle informazioni acquisite, verificandone la veridicità o fondatezza<sup>126</sup>. Il mediatore, anche se svolge un'attività giuridica in senso stretto, è comunque tenuto ad osservare il generale canone di correttezza ex art. 1175 c.c., con la violazione del quale, come osservato da autorevole dottrina, si lede il vincolo che si viene a creare tra informatore ed informato, da ciò scaturendo un obbligo di risarcimento che si individua nel momento in cui vengono meno le aspettative determinatesi sulla base di esso<sup>127</sup>.

Tutto ciò, però, qui avviene nell'ambito di un'attività che mette in relazione le parti al fine di far loro concludere un contratto, ragion per cui deve condividersi l'impostazione offerta dalla Suprema Corte, che ha ricondotto la responsabilità del mediatore nell'ambito della responsabilità da contatto sociale<sup>128</sup>.

Quest'ultima, anche in assenza di un contratto o di un'apposita norma di legge<sup>129</sup>, ipotizza l'esistenza di un'obbligazione tra due soggetti in rapporto di interazione, occorrendo all'uopo che la relazione interpersonale instaurata tra essi sia socialmente adeguata (ex art. 1173 c.c.) e, pertanto, idonea ad ingenerare la ragionevole aspettativa che la persona con cui si intrattenga un rapporto si comporti secondo correttezza. Ai fini della qualificazione della responsabilità, rileva non tanto la fonte dell'obbligazione (*rectius* la sussistenza o meno di un contratto), bensì la configurabilità o meno di un'

---

<sup>124</sup> Così A. LUMINOSO, *La mediazione*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2006, p. 8; F. GALGANO, *Mediazione di cortesia, mediazione accessoria e prestazioni accessorie del mediatore*, in *La mediazione*, a cura di A. Zaccaria, Padova, 1992, p. 146.

<sup>125</sup> Cfr. Trib. Genova, 29 marzo 2021, cit.

<sup>126</sup> Sul punto v. A. SESTI, *Responsabilità aquiliana del mediatore-mandatario nei confronti del soggetto promissario acquirente del bene*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pp. 2293 s., ove ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>127</sup> È notevole l'attualità delle parole di G. ALPA, *Il danno da informazione economica*, in *Riv. not.*, 1977, p. 1103.

<sup>128</sup> Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pp. 2281 ss., con nota di A. SESTI, *Responsabilità aquiliana*, cit. V. anche Trib. Grosseto, 3 agosto 2017.

<sup>129</sup> Che, qualora risultassero violati, genererebbero responsabilità *ex se*, rendendo il contatto sociale qualificato un requisito inutile: così C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 147.

obbligazione, dovendosi ritenere sufficiente anche la esistenza di un contatto non occasionale e dal pregnante significato sociale al punto di poter giustificare la sussistenza di un rapporto qualificato e non meramente accidentale tra danneggiante e danneggiato.

La teoria del contatto sociale qualificato ha lo scopo di ridurre l'ambito di operatività della responsabilità extracontrattuale per garantire al danneggiato la possibilità di accedere alla più favorevole disciplina della responsabilità *ex art. 1218 c.c.*<sup>130</sup>. L'obbligo violato, a differenza di quel che accade nella fattispecie della responsabilità aquiliana, preesiste al danno, insorge da uno specifico contatto qualificato dall'affidamento e, sempre a differenza dell'obbligazione nascente da fatto illecito — essendo il dovere del *neminem laedere* caratterizzato dall'indeterminatezza —, ha un carattere relativo in quanto si rivolge solo alla controparte di tale contatto<sup>131</sup>.

A ciò consegue che il creditore che domanda il risarcimento del danno deve offrire la prova della fonte negoziale e deve limitarsi all'allegazione dell'inadempimento, mentre sul debitore grava l'onere di dimostrare il fatto estintivo rappresentato dall'avvenuto esatto adempimento<sup>132</sup>.

Osservando le elaborazioni della giurisprudenza di merito in ordine alla qualificazione dell'attività di intermediazione nella commercializzazione di diamanti svolta dalla banca e in una sua eventuale responsabilità, si registra una congerie di impostazioni che si allontanano da quanto qui proposto.

Eccezione fatta per le pronunce che negano l'ammissibilità di un accertamento tecnico preventivo<sup>133</sup> e quella che ha trattato della prescrizione del diritto al risarcimento del danno<sup>134</sup>, alcune pronunce rifiutano

---

<sup>130</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Giust. civ.*, 2005, I, pp. 121 ss., con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*; Cass., 29 settembre 2004, n. 19564; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Ragusan*, 2007, pp. 279 s.; Cass., 24 maggio 2006, n. 12362; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 849, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato* e in *Resp. civ.*, 2008, p. 397, con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*.

<sup>131</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, pp. 451 ss.; ID., *Eclissi*, cit., pp. 128 ss.

<sup>132</sup> Così Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

<sup>133</sup> In quanto la consulenza richiesta nel procedimento *ex art. 696 c.p.c.* ben potrebbe essere richiesta, senza pregiudizio, nell'ambito di un ordinario giudizio di merito o di risarcimento del danno e non sussistendo nemmeno la prova della necessaria acquisizione del mezzo istruttorio prima del giudizio di merito, in correlazione al pericolo di dispersione della prova, atteso, peraltro, che, nell'ipotesi in cui i diamanti siano custoditi dalla società venditrice, ne sarà pienamente possibile la valutazione e la stima nell'ambito di un ordinario giudizio di merito, mentre, nell'ipotesi in cui i diamanti non sussistano in natura né siano nella custodia dei resistenti o di taluno di essi, già si sarebbe verificata la dispersione delle pietre, con conseguente inammissibilità di una CTU preventiva di stima e di valutazione di oggetti ormai dispersi: così Trib. Roma, 1° settembre 2019, cit. Altrettanto, Trib. Modena, 11 luglio 2018, cit., ha dichiarato inammissibile la a.t.p. in quanto non appariva strumentale alla successiva azione di merito e non aveva alcun rilievo stabilire il valore dei preziosi posto che la ricorrente intendeva richiedere l'integrale restituzione della somma investita.

<sup>134</sup> Trib. Asti, 24 febbraio 2020, cit., la quale, richiamando Cass., 9 novembre 2012, n. 19509, in *Foro it.*, 2013, I, c. 937 (avente ad oggetto la vendita di un quadro successivamente scopertosi essere falso), ha rilevato che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno decorre dalla consegna del bene, non potendo ricondurre i danni patiti dall'acquirente dei diamanti alla categoria dei danni lungolatenti poiché l'illecito lamentato presenta le caratteristiche di un illecito istantaneo cui è seguita una immediata verifica del danno. Non vi è dubbio, infatti, che il danno si sia verificato al momento dell'acquisto, atteso che, sin da quel momento, l'acquirente divenne proprietario di un bene di valore inferiore rispetto a quanto atteso. Il danno, inoltre, sarebbe in tal caso immediatamente percepibile tenuto conto che il minor valore delle pietre sarebbe verificabile consultando i listini specificamente riferiti ai beni acquistati o rivolgendosi ad uno stimatore. *Contra*, v. Trib. Verona, 15 gennaio

la configurabilità sia di una responsabilità extracontrattuale della banca<sup>135</sup> – non essendo mai stata provata l' illiceità della condotta della banca e la sua efficienza causale ai fini della produzione dell' evento lesivo – che contrattuale, in virtù del fatto che la banca esclusivamente metteva a disposizione della clientela il materiale divulgativo della società proponente i diamanti in caso di manifestazione di interesse da parte della clientela, astenendosi dal fornire informazioni specifiche sul prodotto offerto, indirizzando i clienti interessati alla proponente, con esclusione, quindi, di un' ipotesi di affidamento qualificato e, di conseguenza, di specifici obblighi informativi<sup>136</sup>.

Le decisioni che hanno invece ravvisato una responsabilità della banca, per quanto pervengano a un risultato analogo a quello che è esito del ricorso alla figura del contatto sociale, appaiono tutt' altro che prive di sgrammaticature tecniche.

Innanzitutto, debbono essere svolte alcune annotazioni alla tesi che qualifica la prestazione della banca quale attività di consulenza al cliente ai fini dell' acquisto dei diamanti<sup>137</sup>. La prestazione del servizio di consulenza, nel nostro ordinamento, si riferisce a servizi svolti nell' ambito di operazioni ben precise, concretatesi o nelle raccomandazioni personalizzate fornite al consumatore ai sensi dell' art. 120-*terdecies* t.u.b. in merito a una o più operazioni relative a contratti di credito ovvero, se prestato in materia di investimenti, quale prestazione di raccomandazioni personalizzate a un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo a una o più operazioni relative ai soli strumenti finanziari (artt. 1, comma 5°-*septies*, e 24-*bis* t.u.f.), eccezion fatta per lo specifico caso della consulenza avente ad oggetto depositi strutturati e prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari emessi da banche (art. 25-*bis* t.u.f.)<sup>138</sup>.

Altrettanto inconferente è la riconduzione dell' attività svolta dalla banca nel novero delle attività accessorie di cui all' art. 8, comma 3°, D.M. Tesoro 6 luglio 1994<sup>139</sup>, ossia quelle che consentono di

---

2021, in *Dirittobancario.it* secondo cui il termine prescrizione decennale decorre solamente dal momento della conoscibilità del dolo della società venditrice e della banca da parte dell' investitore, coincidente con la pubblicazione del citato provvedimento AGCM 20 settembre 2017 (avvenuta il 30 ottobre 2017), poiché è con esso che è stata svelata e resa pubblica la natura decettiva ed ingannevole dei predetti soggetti nei confronti dei clienti che acquistavano i diamanti da investimento.

<sup>135</sup> Allegando la sola attività mediatizia della banca e i citati provvedimenti dell' AGCM e le successive pronunzie del TAR Lazio (cfr. *supra*, nt. 66), elementi privi di efficacia probatoria in relazione al caso di specie e senza alcuna riferibilità specifica alle parti del giudizio: così Trib. Modena, 2 aprile 2019 e Trib. Genova, 11 aprile 2019, *citt.*

<sup>136</sup> Così Trib. Bologna, 16 luglio 2020, *cit.* V. anche le già citate Trib. Parma, 26 novembre 2018; Trib. Parma, 21 gennaio 2019; Trib. Milano, 8 gennaio 2019 (che ritiene infondate le azioni di natura restitutoria e risarcitoria in quanto le stesse sono inequivocabilmente correlate alle azioni di natura contrattuale, e non sono state invece sviluppate in via autonoma, ossia dando risalto al ruolo autonomo della banca); nonché Trib. Milano, 29 ottobre 2019, la quale ha respinto la domanda di parte attrice sull' annullamento del contratto *ex artt.* 1427 e 1439 c.c. e non ha ritenuto possibile analizzare la responsabilità della banca ad altro titolo, quale per esempio il suo *status* professionale e l' affidamento che la stessa induce sui terzi in merito ai prodotti collocabili *ex artt.* 1183 e 1218 c.c.

<sup>137</sup> Così Trib. Lucca, 22 novembre 2019 e 4 settembre 2020, *citt.*

<sup>138</sup> In argomento cfr. per tutti E. GIORGINI, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, Napoli, 2017, *passim*.

<sup>139</sup> Oltre a Trib. Verona, 23 maggio 2019 e Trib. Lucca, 26 luglio 2022, *citt.*, anche se in termini dubitativi v. Trib. Modena, 10 marzo 2020, *cit.*

sviluppare l'attività esercitata dall'intermediario finanziario: infatti, tale disciplina – oltretutto, abrogata<sup>140</sup> – è (*rectius*, era) riferita ai soli enti di cui all'art. 106 t.u.b.

Se la banca, dunque, non è parte del contratto di compravendita di diamanti, in relazione al quale ha svolto solo un'attività mediatizia, eseguendo un'attività di mero orientamento dei clienti interessata, mediante la segnalazione di costoro alla società proponente le pietre preziose e di mero tramite del materiale informativo di quest'ultima, il rapporto con il cliente nascente da altre fonti contrattuali (ad esempio, di conto corrente) non è certo irrilevante, atteggiandosi a presupposto "storico" idoneo a produrre un diverso rapporto obbligatorio<sup>141</sup> da contatto sociale qualificato.

La formula di chiusura dell'art. 1173 c.c., «che racchiude potenzialità non riconducibili a una conformità legalistica»<sup>142</sup>, attribuisce rilevanza a quei rapporti che non hanno la loro scaturigine nel contratto e nel fatto illecito, ma che sono comunque idonei – in quanto conformi all'ordinamento giuridico – a produrre vincoli giuridici obbligatori.

Appaiono sicuramente condivisibili, a tal proposito, le osservazioni di chi è giunto alla conclusione dell'identità sul piano ontologico e normativo del "contatto" e dell'interferenza tra danneggiante e danneggiato propria delle fattispecie aquiliane<sup>143</sup>, spostando l'ambito della ricerca sui confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sul piano funzionale e circoscrivendo la responsabilità contrattuale alle fattispecie ove il risarcimento ha una funzione surrogatoria del mancato risultato a favore della sfera patrimoniale o personale consistente nella prestazione, mentre la responsabilità aquiliana risponde ad esigenze di salvaguardia della ricchezza, andando a ricostruirla ogni qual volta subisca un danno ingiusto<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Ai sensi dell'art. 24, comma 1°, lett. a), d.m. Economia e Finanze 17 febbraio 2009, n. 29 – sebbene questo, all'art. 8, comma 3°, riproponeva una norma del medesimo tenore letterale –, decreto a sua volta abrogato ex art. 10, comma 1°, lett. b), d.m. Economia e Finanze 2 aprile 2015, n. 53. Quest'ultimo decreto fornisce esclusivamente la definizione di servizi connessi all'attività di garanzia collettiva dei fidi, individuando delle attività coerenti alla peculiare natura dei confidi. Oggi, coerentemente a quanto previsto dall'art. 106, comma 2°, lett. d), t.u.b., le attività connesse rispetto all'attività finanziaria esercitata dall'intermediario sono dettate dalla Banca d'Italia (Tit. I, Cap. 3, Sez. III, *Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari* - Circolare 3 aprile 2015, n. 288) che le individua nelle attività di natura commerciale ovvero finanziaria, non soggette a riserva, che consentono di sviluppare l'attività finanziaria esercitata e che sono svolte in via accessoria rispetto all'attività principale. Sono connesse attività quali la prestazione di servizi di informazione commerciale, consulenza in materia di finanza d'impresa (ad esempio, in materia di struttura finanziaria e di strategia industriale), recupero crediti di terzi e *leasing* operativo.

<sup>141</sup> V. Trib. Modena, 10 marzo 2020, cit.; recentemente, v. anche Trib. Lucca, 26 luglio 2022, cit.

<sup>142</sup> U. BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, in *Diritto e crisi*, a cura di A. Luminoso, Milano, 2016, p. 124, il quale, però (p. 132), ammonisce sul fatto che la disciplina sulla responsabilità contrattuale fornisca una più efficace difesa a chi è meritevole di una tutela primaria, dovendosi evitare «generalizzazioni indiscriminate», essendo la formula di cui all'art. 1173 c.c. incompatibile con l'espandersi di una rigidità che vada ad invadere ambiti ragionevolmente presidiati, *in primis*, dalla responsabilità extracontrattuale.

<sup>143</sup> Così M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, pp. 86 ss.

<sup>144</sup> M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, pp. 97 ss. Tale precisa disamina è stata approfondita anche, con un'analisi della struttura dogmatica delle rispettive discipline, in ID., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle «rationes» dei rispettivi regimi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, pp. 335 ss.

Ciò nondimeno, quale che sia la ricostruzione che si ritenga preferibile – attività di consulenza, altre attività accessorie, mediazione – in tutti i casi valgono le regole di riparto dell' onere probatorio in materia contrattuale, cosicché, a fronte dell' allegazione dell' inadempimento di un onere informativo, derivante da contratto o da contatto sociale, deve essere il soggetto su cui grava quest' obbligo a dimostrare di aver correttamente adempiuto.

Inoltre, attenta giurisprudenza di merito<sup>145</sup> ha rilevato come l' operazione di acquisto di diamanti pregiudizievole per il cliente faccia sì che la banca sia tenuta a rispondere in via solidale del risarcimento del danno con la società proponente i diamanti *ex art. 2055, comma 1°*, c.c., norma che – come è noto – positivizza la regola della solidarietà per i casi in cui più condotte contribuiscano causalmente al medesimo fatto dannoso<sup>146</sup> e ciò indipendentemente dalla fonte dell' obbligo risarcitorio<sup>147</sup>.

Infatti, per giurisprudenza consolidata della Suprema Corte di Cassazione, quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, sia che il medesimo danno derivi da diverse condotte di illecito aquiliano, ovvero dal concorso tra illecito contrattuale ed extracontrattuale, ovvero ancora per inadempimenti di contratti diversi, intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi ed il danneggiato, sussistono tutte le condizioni necessarie perché i predetti soggetti siano corresponsabili in solido.

Sia in tema di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, se l' unico evento dannoso è imputabile a più persone, è sufficiente, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell' obbligo di risarcimento, che le azioni o omissioni di ciascuna abbiano concorso in modo efficiente a produrre l' evento<sup>148</sup>.

Ciò discende non tanto, come pure si è sostenuto, dal fatto che l'art. 2055 c.c. costituisca un principio di carattere generale estensibile anche per il caso di inadempimento<sup>149</sup>, ma dai principi stessi che regolano

---

<sup>145</sup> Trib. Verona, 23 maggio 2019, cit.

<sup>146</sup> Sul tema, per tutti A. D' ADDA, *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l' art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 279 ss.

<sup>147</sup> Nel senso che la solidarietà dell' obbligazione risarcitoria prevista dall' art. 2055, comma 1°, c.c. non venga messa in discussione in caso di pluralità di condotte tra loro autonome e derivanti da diverso titolo, che però siano state causalmente convergenti nella produzione di un medesimo danno v. B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell' illecito civile*, Napoli, 2007, p. 387; A. GNANI, *L' art. 2055 e il suo tempo*, in *Danno resp.*, 2001, p. 1031; M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1993, pp. 715, 723; F.D. BUSNELLI, *L' obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, pp. 136 ss.

<sup>148</sup> Si vedano sul tema, tra le altre, Cass. 17 gennaio 2019, n. 1070; Cass., 30 marzo 2010, n. 7618, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, pp. 445 ss., con nota (senza titolo) di L. ROMUALDI; Cass., sez. un., 15 luglio 2009, n. 16503, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 195 ss., con nota di C.M. PENUTI, *Limiti all' estensione ai condebitori del giudicato ex art. 1306, comma 2°, cod. civ., nell' obbligazione solidale risarcitoria fondata su diverso titolo (contrattuale ed extracontrattuale)*, Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Resp. civ. prev.*, 2007, pp. 276 ss., con nota di P. CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, Cass., 15 luglio 2005, n. 15030; Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, in *Riv. not.*, 2000, p. 136, con nota di G. CASU, *Trasferimenti immobiliari e obbligo notarile di visure ipocatastali*; Cass., 14 gennaio 1996, n. 418; Cass., 4 marzo 1993, n. 2605; Cass., 4 dicembre 1991, n. 13039, in *Resp. civ. prev.*, 1992, pp. 368 ss., con nota di C. VACCÀ, *La responsabilità del progettista e quella dell' impresa appaltatrice per vizi del progetto*; Cass., 28 gennaio 1985, n. 488, in *Riv. giur. ed.*, 1985, I, pp. 458 ss.; Cass., 8 luglio 1980, n. 4356; Cass., 5 gennaio 1976, n. 1, in *Foro it.*, 1976, I, pp. 44 ss.

<sup>149</sup> Cfr. Cass., 11 febbraio 2008, n. 3187; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27713; Cass., 26 maggio 1995, n. 7231.

il nesso di causalità ed il concorso di cause tutte egualmente efficienti della produzione di un determinato danno, di cui l' art. 2055 c.c. è un' esplicitazione in tema di responsabilità extracontrattuale<sup>150</sup>.

Pertanto, poiché il danno subito dal cliente trova causa efficiente sia nell' inadempimento contrattuale della società proponente, sia in quello da contatto sociale ascrivibile esclusivamente alla banca, entrambi detti soggetti sono responsabili solidalmente nei confronti dell' attrice del risarcimento dell' intero danno *ex art. 1292 c.c.*

La misura del danno risarcibile, in applicazione dell' art. 1223 c.c., deve tenere conto degli effetti pregiudizievoli al netto degli eventuali vantaggi collegati all' illecito. Per cui, il *quantum* sarà determinato dalla differenza tra la somma pagata per l' acquisto dei diamanti e il loro effettivo valore di mercato al momento della conclusione del contratto<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> V. Cass., 30 marzo 2010, n. 7618; Cass., 9 novembre 2006, n. 23918; Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, *citt.*

<sup>151</sup> Così Trib. Verona, 23 maggio 2019 e Trib. Modena, 10 marzo 2020, *citt.* V. anche Trib. Genova, 29 marzo 2021 *cit.*, che nel determinare il risarcimento comparando il valore capitale investito per acquistare i diamanti ed il valore di realizzo dei diamanti acquistati, così reintegrando ora per allora l' utilità che la banca, col suo comportamento ha negato al proprio cliente, esclude che alla banca stessa spettasse un obbligo di protezione dell' investimento, ancor meno duraturo. In più, detto valore è stato abbattuto dal Tribunale del venti per cento, in quanto il valore dei listini è espresso per operatori professionali, mentre «ceduta la gemma ad un consumatore, la sua isolata remissione nel circuito commerciale, sconta certamente una sorta di “prezzo del riacquisto” (gli operatori professionali non hanno infatti un pregnante interesse al riacquisto dovendo essere indotti ad agire in direzione contraria al loro ordinario commercio da una evidente convenienza)». Il valore così calcolato è stato infine depurato dell' IVA e del margine per il venditore, poste negative che per l' acquirente sussistono sempre indipendentemente dalla correttezza o meno del prezzo, sottraendo al primo valore monetario il trenta per cento.

## Creatività vs. originalità: la qualificazione di «opera dell'ingegno» nell'era dell'intelligenza artificiale

FRANCESCA ROTOLO

Dottoranda di ricerca in “Diritto, mercato e persona” dell'Università Ca' Foscari di Venezia

Se, in assenza di una definizione legislativa di «opera intellettuale», è stato finora possibile sostenere tautologicamente che un'opera è «creativa» se ed in quanto originale e, viceversa, è «originale» se ed in quanto creativa, con l'avvento di sistemi di Intelligenza Artificiale (AI) “generativa”, la presunta coincidenza tra le nozioni di creatività e di originalità sta gradualmente venendo meno. Quando a creare opere dell'ingegno non sono autori-persone fisiche – come nel caso in cui le stesse sono generate da sistemi di intelligenza artificiale, per così dire, «autonomi» – il processo stesso di venuta ad esistenza di tale tipo di opere muta sensibilmente e, con esso, anche la possibilità di qualificare gli artefatti così generati come creativi, oltre che eventualmente originali.

Il presente contributo, dopo aver effettuato una ricognizione sulla normativa vigente in materia e sul contesto tecnologico attuale, mira a proporre delle riflessioni sull'evoluzione del processo «creativo» all'epoca dell'AI e sulle implicazioni che l'eventuale presa d'atto di una distinzione tra i concetti di creatività e di originalità potrebbe avere nel tessuto normativo attuale.

In the absence of a legislative definition of «intellectual work», it has so far been possible to tautologically argue that a work is «creative» if and to the extent that it is original, and vice versa, it is «original» if and to the extent that it is creative. With the spread of generative-AI systems, the alleged coincidence between the notions of creativity and originality is gradually fading away. When intellectual works are not created by author-natural persons, as in the case where they are generated by autonomous AI systems, the very process of bringing such works into existence changes significantly and, with it, also the possibility of qualifying the artifacts thus generated as creative, other than possibly original. The essay, after an overview of the relevant existing legislation and the current technological context, aims to propose some reflections on the evolution of the «creative» process in the era of AI and on the implications that the possible acknowledgement of a distinction between the concepts of creativity and originality might have in the current regulatory framework.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il concetto di «opera intellettuale» e i requisiti di tutela delle opere dell'ingegno secondo la normativa vigente. – 2.1. Creatività/originalità. – 2.2. Altri requisiti? – 2.3. La c.d. *human authorship* come requisito «implicito» delle opere dell'ingegno? – 3. Il contesto tecnologico attuale. – 3.1. I soggetti coinvolti nel processo algoritmico di creazione di un'opera intellettuale. – 3.2. Autonomia, automaticità dell'AI e intervento umano. – 3.3. Il processo «creativo» all'epoca dell'AI. – 4. Una distinzione necessaria tra creatività e originalità nell'attuale contesto tecnologico. – 4.1. La contestazione della coincidenza tra i due concetti. – 4.2 L'esigenza di salvaguardare un elemento soggettivo nella tutela autorale: una questione di politica del diritto. – 5. Prime considerazioni sulla portata operativa della differenziazione tra creatività e originalità.

1. Numerosi sono ad oggi gli esemplari di opere dell'ingegno elaborate in modo più o meno autonomo dai sistemi di intelligenza artificiale (di seguito, anche AI<sup>1</sup>): se ne possono trovare nel campo della letteratura, così come del giornalismo, della musica e della pittura<sup>2</sup>.

Si tratta di beni molto diversi tra loro (opere digitali, opere appartenenti al campo della letteratura, della musica, della scultura, banche dati, ecc.), con un preciso valore commerciale e un' applicazione di norma industriale<sup>3</sup>, che difficilmente hanno rilevanza unicamente per un loro eventuale pregio artistico, estetico o di incentivo allo sviluppo culturale, ma che hanno nondimeno suscitato un certo scalpore nei rispettivi mercati di riferimento<sup>4</sup>.

Ci si chiede ormai da tempo se tali produzioni, a cui nel prosieguo ci si riferirà per comodità anche con la locuzione «opere (o prodotti) dell' AI», siano tutelabili come creazioni intellettuali o se alle stesse debba essere accordato un differente tipo di protezione.

Se con riferimento al diritto brevettuale, diverse sono le autorità<sup>5</sup> che si sono pronunciate in senso contrario alla tutela degli output dell' AI quali invenzioni, con riferimento alle opere dell' ingegno create da tali tecnologie, l' unica autorità che sembra aver preso posizione al riguardo è stata sinora lo *US Copyright Office*<sup>6</sup>, negando protezione ai sensi della normativa autorale dell' opera creata dalla *Creativity machine* messa a punto dall' Ing. Thaler – «padre» anche del sistema DABUS oggetto delle numerose pronunce degli uffici brevetti di tutto il mondo . Il dibattito non sembra tuttavia essersi concluso poiché una parte consistente della dottrina continua ad insistere sulla necessità di un' interpretazione estensiva della normativa autorale adducendo a tal fine due ordini di motivazioni<sup>7</sup>:

- a) argomentazioni giuridiche in senso stretto sul concetto di «opera» e sui requisiti richiesti dalla legge;
- b) argomentazioni di natura logico-sistematica, economica e di politica del diritto.

---

<sup>1</sup> Oppure, nelle citazioni delle fonti normative europee nelle loro traduzioni ufficiali, anche «IA».

<sup>2</sup> Per una panoramica in tal senso, si veda il report del Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) : A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission du CSPLA sur les enjeux juridiques et économiques de l' intelligence artificielle dans les secteurs de la création culturelle*, 2020, in [www.culture.gouv.fr](http://www.culture.gouv.fr).

<sup>3</sup> A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, o.l.c., p. 25.

<sup>4</sup> Per avere una misura dell' importanza economica di un simile settore, si noti che, nell' ottobre 2018, la casa d' aste CHRISTIE'S ha venduto un dipinto, intitolato Edmond de Belamy, creato da un software IA per ben \$ 432.500,00 (cfr. le Guidelines dello Study Question AIPPI, *Copyright in artificially generated works*, 2019, in [www.aippi.org](http://www.aippi.org)).

<sup>5</sup> Emblematica è la vicenda di DABUS, AI creata dall' ing. Thaler, che ha generato due prodotti di cui negli ultimi anni l' ing. Thaler stesso ha chiesto la tutela come invenzioni, presentando domanda in diversi Uffici Brevetti del mondo. In alcuni di essi, le domande sono ancora pendenti, mentre uffici come lo *European Patent Office* (EPO) si sono già pronunciati nel senso di escludere la qualifica di inventore in capo all' AI DABUS. Per una panoramica sullo status delle diverse domande e appelli contro le decisioni già adottate, cfr. <https://artificialinventor.com/patent-applications/>.

<sup>6</sup> Cfr. T. HU, *The Big IP Questions Artificial Intelligence Art Is Raising*, 2023, in <https://www.law360.com/articles/1565929>

<sup>7</sup> Si permetta il rinvio a G.M. RICCIO e F. ROTOLO, *La tutela in Italia delle opere dell' ingegno create dall' intelligenza artificiale: la necessità di un' analisi in chiave prospettica*, in B. PASA (a cura di), *Design e innovazione digitale. Dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele*, Comparative Art Law – Diritto comparato dell' arte, Napoli, 2021.



Premesso chela rinuncia a qualsiasi protezione per tali tipi di opere rischierebbe di tradursi in un' abdicazione da parte del legislatore dal suo ruolo di regolamentazione del mercato e, in particolare, del compito armonizzatore che ricopre quello europeo in tema di diritti di proprietà intellettuale<sup>8</sup>, ad oggi i termini della questione non riguardano tanto, in senso assoluto, l' *an*, quanto il *quomodo* e il *quantum* della tutela da accordarvi.

In genere, si fa una distinzione tra opere *create* con l' ausilio dei sistemi di AI non autonomi e opere *generate* da sistemi di intelligenza artificiale «autonomi», riconoscendo solo alle prime l' applicazione delle regole classiche del diritto d' autore<sup>9</sup>.

Tuttavia, come si vedrà, questa soluzione non convince del tutto, in quanto fondata su un concetto di autonomia dei modelli di AI che non tiene conto del maggiormente rilevante problema della natura creativa o meno dell' intervento umano che nel concreto si esplica nel relativo processo. L' aspetto peculiare, quando si parla di opere dei sistemi di intelligenza artificiale, infatti, non sta tanto nella capacità dell' AI di essere autonoma – ovvero di pensare, di essere creativa, di avere coscienza, come pure si è provato a sostenere<sup>10</sup> – quanto piuttosto in cosa si debba intendere per creatività e in cosa si ritiene consista il processo creativo.

2. All' origine del dibattito sulla tutelabilità o meno dei prodotti dell' AI vi è innanzitutto la *souplesse*<sup>11</sup> della normativa, sia nazionale che euro-unitaria, rispetto a ciò che si può considerare «opera intellettuale», nonché la «circolarità» dei suoi concetti chiave. Quest' ultima caratteristica della disciplina, infatti, fa sì che «la definizione dell' oggetto del diritto d' autore (l' opera), la sua natura tutelabile (la creatività/originalità), il suo soggetto (l' autore) e talvolta anche il suo titolare»<sup>12</sup> si intreccino a tal punto da poter essere confusi.

Con riferimento alla normativa italiana, l' approccio adottato dalla Legge 22 aprile 1941, n. 633, legge sulla «Protezione del diritto d' autore e di altri diritti connessi al suo esercizio» (di seguito anche l.d.a.) per

---

<sup>8</sup> Inoltre, «Il mancato riconoscimento di tutela alle opere prodotte dall' intelligenza artificiale rischierebbe poi di scoraggiare gli investimenti in questi progetti, stante la mancanza di introiti derivanti dai diritti patrimoniali quale ricompensa per l' attività creativa dell' autore. La commercializzazione di un prodotto simile richiede ingenti costi e investimenti finanziari, che in assenza di un vantaggio economico derivante dallo sfruttamento dei diritti di proprietà autorale, non sarebbero sostenibili», cfr. F. FERRETTI, *Intelligenza artificiale e diritto d' autore: quale tutela per il robot creatore?*, 2022, in [www.dirittomodaearti.it](http://www.dirittomodaearti.it).

<sup>9</sup>Tra i tanti, cfr. J. DREXL et al., *Artificial Intelligence and Intellectual Property Law*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2021, in <https://ssrn.com/abstract=3822924>, p. 5.

<sup>10</sup> Si veda a tal proposito soprattutto la letteratura tedesca sul tema.

<sup>11</sup> Il termine è usato, con riferimento all' originalità, in A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, cit.

<sup>12</sup>« (...) se rejoignent souvent dans la mesure où on mélange la définition de l' objet du droit d' auteur (l' œuvre), son caractère protégeable (l' originalité), son sujet (l' auteur) et même parfois son titulaire», cfr. A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, cit., p. 27, traduzione dell' autore.

definire le opere tutelate dalla normativa autorale è quello di un sistema aperto, che, facendo ricorso a contestualizzazioni ed esemplificazioni, include tipologie di beni giuridici anche molto diversi tra loro<sup>13</sup>.

Conseguenza della *souplesse* della disciplina – ad un tempo, suo punto di forza e origine di annose incertezze – e della circolarità delle nozioni è l'ampia rilevanza che hanno dottrina e giurisprudenza nella definizione, peraltro non sempre lineare, dei concetti chiave in materia.

Il primo elemento di incertezza è rappresentato dall'interazione non sempre lineare tra il piano nazionale e quello euro-unitario.

La dimensione transnazionale della disciplina<sup>14</sup> è, infatti, all'origine di una sovrapposizione talvolta non coerente tra le pronunce dei giudici (non solo nazionali ma anche euro-unitari), il dato normativo (anch'esso nazionale ed euro-unitario) e gli ampi contributi dottrinali. Un esempio, in tal senso, è offerto da quella che appare una non completa coincidenza tra il concetto di «originalità» – di gran lunga prediletto dalla normativa euro-unitaria per riferirsi in modo onnicomprensivo alla caratteristica precipua di una data opera intellettuale – e quello di creatività – che, invece, sembra più gettonato nella dimensione domestica per indicare parimenti il *quid* proprio di una produzione dell'ingegno.

Il secondo elemento di confusione che si coglie nella letteratura è rappresentato dalla sensazione che quando si parla di creatività, originalità, novità, ecc. ci si riferisca a elementi costitutivi delle opere (requisiti *delle opere*), piuttosto che a requisiti di *accesso alla tutela* autorale, così come intesi tradizionalmente<sup>15</sup>.

A tale incertezza avrebbe contribuito il ragionamento condotto dalla CGUE nei due celebri casi *Painer*<sup>16</sup> e *Levola Hengelo*<sup>17</sup> che, considerando l'esistenza dell'originalità quale prerequisito delle opere dell'

<sup>13</sup> All'art. 1, comma 1, si specifica solo che oggetto della tutela autorale sono «*le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*» e pressoché identica formulazione è adottata, inoltre, dall'art. 2575 del Codice civile<sup>13</sup>. L'elenco di cui all'art. 2 l.d.a., ove, di fianco alle opere drammatiche, scientifiche, fotografiche, della scultura, della pittura, ecc., sono indicati anche i programmi per elaboratore, le banche dati e le opere di disegno industriale, è oramai considerato dalla dottrina maggioritaria un elenco non tassativo.

<sup>14</sup> Ad esempio, nel percorso di progressiva definizione del concetto di opere dell'ingegno, fondamentale è stata la funzione della Corte di Giustizia dell'UE, che gradualmente – soprattutto a partire dall'adozione del Trattato di Lisbona – ha costruito un microsistema di regole in materia di diritto d'autore, in grado di influenzare le decisioni dei giudici nazionali degli Stati Membri dell'UE (Cfr., sul punto, G.M. RICCIO, *The Influence of the Court of Justice of the European Union on National Courts in Copyright Cases*, in O. POLLICINO, G.M. RICCIO e M. BASSINI (a cura di), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age. A Comparative Analysis in Search of a Common Constitutional Ground*, Northampton, 2020, p. 155 e ss).

<sup>15</sup> Si veda R. PARDOLESI e R. ROMANO, *La concorrenza e la tutela dell'innovazione*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, Milano, 2009, p. 117. Posto che elemento necessario e sufficiente per l'insorgere della tutela autorale è l'«espressione» di un'idea (cfr. sul punto R. MONGILLO, *Opere dell'ingegno, idee ispiratrici e diritto d'autore*, Napoli, 2015, pp. 1 ss.) e che non sono richiesti pre-requisiti per le opere dell'ingegno, la creatività/originalità e la novità potrebbero essere intese al più come parametri di valutazione delle stesse, quale – appunto – filtro di accesso alla tutela.

<sup>16</sup> C. giustizia UE, 1 dicembre 2011, causa C - 145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri*.

<sup>17</sup> C. giustizia UE, 13 Novembre 2018, causa C-310/17, *Levola Hengelo BV v Smilde Foods BV*.

ingegno, ha di fatto ribaltato il ragionamento tradizionalmente condotto dai giudici nazionali per decidere se un' opera possa essere protetta o meno<sup>18</sup>.

2.1 Secondo l' impostazione prevalente<sup>19</sup>, il tratto comune alle creazioni coperte dal diritto d' autore va individuato nell' essere, le stesse, opere dell' ingegno dotate di creatività<sup>20</sup>.

A dire il vero, nella giurisprudenza europea<sup>21</sup> e nella parte di dottrina che si approccia al tema con una prospettiva comparatistica<sup>22</sup>, nel riferirsi al carattere precipuo delle opere dell' ingegno, si fa spesso ricorso piuttosto all' elemento dell' «originalità». Ad esempio, nella già citata sentenza *Painer*, la CGUE definisce «originale» (e non creativa) un' opera frutto della «creazione intellettuale dell' autore», aggiungendo peraltro che «una creazione intellettuale appartiene al suo autore se rispecchia la personalità di quest' ultimo»<sup>23</sup>.

Anche se si ritiene che nel contesto attuale i due concetti possano essere considerati come non del tutto coincidenti, per il momento riferendoci unitariamente alla creatività/originalità intendiamo richiamare quell' elemento che permette di dire che un' opera è il riflesso della personalità del suo autore.

In particolare, la creatività/originalità si manifesta nelle «scelte libere e creative»<sup>24</sup> di quest' ultimo, nella sua «scelta discrezionale» sul modo con cui lo stesso esprime un' idea, tra tutti quelli<sup>25</sup> con cui è possibile farlo<sup>26</sup>.

È stato ritenuto, a mero titolo di esempio, che, nelle opere letterarie, la creatività potrebbe essere ricercata e vagliata nella «scelta, disposizione e combinazione» delle parole<sup>27</sup>; nelle opere fotografiche, in precise scelte compositive, di illuminazione, di caratterizzazione del soggetto (posa, abbigliamento, ecc.)<sup>28</sup>;

<sup>18</sup> G.M. RICCIO, *The Influence*, cit., p. 174

<sup>19</sup> Cfr. sul punto L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, p. 1461 e ss..

<sup>20</sup> Cfr. art. 1 della L. n. 633/1941, Legge sul diritto d' autore.

<sup>21</sup> Per avere un' idea sul punto, cfr. L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., specificatamente nel commento agli artt. 1 e due della L. 22 aprile 1941, n. 633.

<sup>22</sup> Si veda, a titolo di esempio, P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d' autore UE*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d' autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, p. 281 ss.

<sup>23</sup> C. giustizia UE, 1 dicembre 2011, causa C - 145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri*, cit., par. 88; cfr. anche C. giustizia UE, 16 luglio 2009, causa C - 5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, cit., (Racc. pag. I-6569, punto 35). *Contra*, cfr. C. giustizia UE, 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e a.*, punto 98.

<sup>24</sup> C. giustizia UE, 1 dicembre 2011, causa C - 145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri*, par. 87 e ss..

<sup>25</sup> «All' interno di un numero sufficientemente ampio di varianti», cfr. Trib. Milano, 16 febbraio 2012, in *AIDA. Annali italiani del diritto d' autore, della cultura e dello spettacolo*, 2013, p. 985.

<sup>26</sup> L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., p. 1467.

<sup>27</sup> C. giustizia UE, 16 luglio 2009, causa C - 5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, cit., par. 45: nel caso di specie, la questione verteva sulla riconducibilità o meno nell' alveo delle opere tutelabili di un estratto di articolo di stampa pari a sole 11 parole consecutive, quale «riproduzione parziale» ai sensi dell' art. 2 della direttiva n. 2001/29.

<sup>28</sup> Cfr., per quanto riguarda la giurisprudenza statunitense, l' *Opinion of the Court* della sentenza *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111, U.S. 53, in cui si afferma che tali scelte compositive di un ritratto realizzato possono essere desunte dalle sue caratteristiche.

nelle banche dati, nella selezione e nella disposizione dei materiali e nel criterio utilizzato per riorganizzare e disporre i dati<sup>29</sup>, ecc.; nelle opere musicali, infine, nella definizione di una data linea melodica, nella scelta di uno specifico genere musicale e nel ritmo<sup>30</sup>.

Non sono state ritenute creative, al contrario, le opere rispetto alle quali la scelta degli elementi era stata dettata esclusivamente da considerazioni di carattere tecnico e funzionale (è la c.d. *technical exclusion*), che non lasciano margine all'espressione di una libertà creativa<sup>31</sup>, come, per esempio, le creazioni le cui forme sono necessitate o imposte dalla funzione utilitaria distintiva<sup>32</sup> o quelle standardizzate<sup>33</sup>.

2.2 È controverso se nel diritto d'autore esistano altri requisiti di tutela oltre alla creatività/originalità.

Alcuni autori hanno individuato, quale ulteriore criterio di accesso alla protezione, quello della novità oggettiva<sup>34</sup>. Secondo un orientamento diffuso in Italia, infatti, il concetto stesso di «creazione» esigerebbe l'apporto di qualcosa che prima non esisteva, tanto che la stessa espressione «“creazione intellettuale” [...] rimanda all'idea che, nei suoi caratteri distintivi, la forma espressiva dell'opera differisca da qualsiasi altra precedentemente conosciuta»<sup>35</sup>.

Spesso la Cassazione stessa ha utilizzato la nozione di novità come fosse distinta da quella di creatività e di originalità<sup>36</sup>.

Tuttavia, considerando che non è facile condurre un «giudizio di anteriorità» in una materia come il diritto d'autore, uno dei cui principi cardine è l'inesistenza di un sistema di iscrizione obbligatoria in

<sup>29</sup> L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., nel commento agli artt. da 64-quinquies a 64-sexies della L. 22 aprile 1941, n. 633, p. 1690.

<sup>30</sup> App. Milano, Sezione IP, 30 agosto 2010, *Universal Music Italia s.r.l. c. Première Music s.a.r.l., Cynnie, Rivière, Abramo Allione, Edizioni Musicali s.r.l., Montagné e Barbelivien*, in *AIDA, Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2011, Repertorio I.2.4.

<sup>31</sup> Con riferimento ad una banca dati costituita da informazioni relative alla disponibilità e ai prezzi di voli aerei, cfr. Trib. Milano, 4 giugno 2013, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>32</sup> L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., nel commento all'art. 1 della L. 22 aprile 1941, n. 633, p. 1468.

<sup>33</sup> Trib. di Roma, 5 giugno 2008, in *AIDA, Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2010, p. 1330; Trib. di Milano, sent. 26 febbraio 1998, in *AIDA, Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1998, p. 884.

<sup>34</sup> cfr. a titolo di esempio E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore: commentario della nuova Legge 22 aprile 1941-19., n. 633 corredato dei lavori preparatori e di un indice analitico delle leggi interessanti la materia*, Torino, 1943, p. 249.

<sup>35</sup> L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., nel commento all'art. 1 della L. 22 aprile 1941, n. 633, p. 1469. È quanto sembra evincersi altresì dal tenore della Cass., 28 novembre 2011, n. 25173, secondo cui «il carattere creativo e la novità dell'opera sono elementi costitutivi del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno». Secondo questo orientamento, la tutela accordata dal diritto d'autore costituirebbe, infatti, un «premio» che la collettività offre a chi arrechi ad essa un beneficio nuovo. In contrasto rispetto a tale impostazione c'è quella di chi, invece, ritiene che il diritto d'autore voglia in realtà premiare il lavoro creativo in quanto tale, a prescindere dall'apporto di un *quid novi* alla collettività e che, dunque, sarebbe sufficiente a tal fine il requisito della creatività e della novità soggettiva (G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *R. d. comm.*, 1964, p. 187 e ss.). Tuttavia, vi è anche chi considera la creatività oggettiva e la novità oggettiva come il riflesso di un requisito di protezione unitario che la dottrina avrebbe identificato per semplicità nella «creatività» o nel «carattere creativo», cfr. M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011, pp. 126 e ss.

<sup>36</sup> Cass., 11 giugno 2018, n. 15158, in *Foro it.*, 2018, p. 3111.

pubblici registri ai fini della venuta ad esistenza delle opere dell'ingegno<sup>37</sup>, si deve propendere per l'esclusione di tale ulteriore criterio – tanto che anche la nozione di «opera dell'ingegno» formulata a livello euro-unitario non sembra ricomprendere questo requisito.

Vi è poi chi si chiede se ai fini della tutela autorale e, dunque, del riconoscimento di un'opera creativa in quanto tale, sia necessario che la stessa rientri nel «campo dell'estetica» o dell'arte<sup>38</sup>.

Tuttavia, secondo l'impostazione maggioritaria, la tutela autorale sembrerebbe prescindere da qualsiasi giudizio di estetica, artisticità, esattezza e liceità<sup>39</sup>.

Infatti, pur non essendovi unanimità in tal senso<sup>40</sup>, secondo l'opinione prevalente non si può esprimere un giudizio sulla meritevolezza dell'opera sulla base di canoni estetici, artistici o di valore, perché, diversamente, si rischierebbe di introdurre, tra le varie produzioni dell'ingegno, discriminazioni inaccettabili e arbitrarie (e difficilmente giustificabili su base oggettiva)<sup>41</sup>. Un brano di free jazz è musica, ad esempio, anche quando sia «sbagliato» da un punto di vista tonale<sup>42</sup>.

Se ai fini della tutela autorale fosse richiesto il soddisfacimento di requisiti di merito, d'altronde, si finirebbe per investire il giudice di compiti che non gli sono propri, ingiustamente<sup>43</sup> erigendolo, a seconda del contesto, a esperto di estetica, di arte, di sociologia, ecc.<sup>44</sup>, con conseguenze senz'altro negative in termini di certezza del diritto<sup>45</sup>.

<sup>37</sup> Si tenga conto che i costi per accertare l'esistenza di un'anteriorità opponibile in assenza di un simile sistema sarebbero eccessivamente elevati, a fronte di benefici minimi: le ipotesi in cui più persone creano autonomamente una stessa opera sono estremamente rare e, quindi, chiunque affronterebbe il rischio di vedersi opporre un'anteriorità, piuttosto che la spesa per ricercarla.

<sup>38</sup> L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., nel commento all'art. 1 della L. 22 aprile 1941, n. 633, p. 1462).

<sup>39</sup> Il riconoscimento di un'opera intellettuale in quanto tale non passerebbe attraverso un giudizio sulla liceità dell'opera: «diversamente dal passato, oggi si ritiene che per il diritto d'autore la liceità dell'opera non costituisca un requisito di tutela e che pertanto siano protette anche le creazioni contrarie a norme di legge, ordine pubblico e buon costume» (Cfr. E. PIOLA CASELLI, *Codice*, cit., p. 184 e ss).

<sup>40</sup> Tra gli altri, M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, p. 23 e ss. in L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., nonché ZENOVENCOVICH, *Dir. Inf.* 90, pp. 79 e ss., in L.C. UBERTAZZI, o.l.c., nel commento all'art. 1 della L. 22 aprile 1941, n. 633, p. 1462.

<sup>41</sup> ASCARELLI, pp. 706 e ss.; ALGARDI, *Il plagio letterario*, pp. 398 e ss., in L.C. UBERTAZZI, o.l.c., nel commento all'art. 1 della L. 22 aprile 1941, n. 633, p. 1471.

<sup>42</sup> G. ROSSI, *L'intelligenza artificiale e la definizione di «opera dell'ingegno»*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2019, p. 275.

<sup>43</sup> Non si può pretendere da un giudice, come da alcun giurista, di avere una comprensione sofisticata della musica, ad esempio (cfr. F. MACMILLAN, *Il diritto d'autore nell'era digitale: verso il declino dell'originalità dell'opera?*, 2020, in <https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/03/Il-diritto-d%E2%80%99autore-nell%E2%80%99era-digitale-verso-il-declino-dell%E2%80%99originalit%C3%A0-dell%E2%80%99opera.pdf>).

<sup>44</sup> Per dirla con Eugène Pouillet<sup>44</sup>: «la loi érigeria-telle le juge en professeur d'esthétique, et le chargera-t-elle, comme un autre Paris, de décerner la pomme à la beauté? Mais, d'abord, qu'est-ce que la beauté? Où est-ce que commence le beau? Où est-ce qu'il finit?» (cfr. E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, 2, Parigi, 1884, p. X).

<sup>45</sup> Tali criteri sono considerati dalla dottrina prevalente come «inadequate or unworkable [...] due to their very subjective nature» cfr. D. INGUANEZ, *A Refined Approach to Originality in EU Copyright Law in Light of the ECJ's Recent Copyright/Design Cumulation Case Law*, in *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 2020, p. 799, in <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00962-7>.

Nel senso di negare la possibilità di riconoscere un requisito dell' opera ulteriore rispetto alla creatività/originalità sembrerebbe orientarsi anche il considerando 8 della Direttiva *Software* (Direttiva n. 91/250/CEE) ai sensi del quale «per quanto riguarda i criteri da applicare per determinare se un programma per elaboratore costituisca o meno un' opera originale, non dovrebbero essere valutati i meriti qualitativi o estetici del programma», nonché il considerando 16 della Direttiva Database (Direttiva n. 96/9/CE), secondo cui «non dovranno essere applicati altri criteri diversi da quello di originalità, nel senso di creazione intellettuale, per stabilire se una banca di dati sia tutelabile o meno in base al diritto d' autore, e in particolare non dovrà essere effettuata alcuna valutazione della qualità o del valore estetico della banca di dati».

2.3 Quale che sia il requisito di accesso alla tutela autorale e quali che siano la sua natura e la sua portata, è sempre stata opinione comune<sup>46</sup> che a creare un' opera dell' ingegno tutelabile dal diritto d' autore potessero essere solo persone fisiche.

In particolare, il presupposto della c.d. *human authorship* sarebbe intrinseco nel concetto stesso di creatività/originalità<sup>47</sup>, nonché nell' espressione «*the author's own intellectual creation*» che figura a livello europeo nelle direttive n. 96/9/CE (c.d. Direttiva Database) e n. 2009/24/CE (c.d. Direttiva Software)<sup>48</sup> e, con riferimento alle opere fotografiche, nella Direttiva n. 93/98/CEE (c.d. *Term of Protection Directive*).

L' assunto su cui si è basata nel tempo una simile impostazione è che con «creazione intellettuale» si dovesse intendere necessariamente un prodotto della «mente» umana.

Sul piano internazionale, alcuni autori oltralpe hanno ritenuto che la Convenzione di Berna si riferisca ad un autore umano quando parla di «*author*» e «*authorship*»<sup>49</sup> e lo stesso si potrebbe dire dei TRIPs

<sup>46</sup> Per avere un' idea dell' approccio sul tema adottato da vari ordinamenti nazionali, cfr. i Report redatti da oltre 30 Paesi di tutto il mondo sullo Study Question AIPPI, *Copyright*, cit.

<sup>47</sup> Il concetto di creatività/originalità sarebbe necessariamente da ricondursi all' attitudine di un' opera creativa di riflettere la personalità stessa del suo autore, cfr. J.B. NORDEMANN, *AIPPI: No copyright protection for AI works without human input, but related rights remain*, 2019, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/11/21/aippi-no-copyright-protection-for-ai-works-without-human-input-but-related-rights-remain/>.

<sup>48</sup> Specificatamente, ai sensi dell' art. 3, comma 1 della Direttiva 96/9/CE (c.d. Direttiva sulle banche dati), «*A norma della presente direttiva, le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell' ingegno propria del loro autore sono tutelate in quanto tali dal diritto d' autore. Per stabilire se alle banche dati possa essere riconosciuta tale tutela non si applicano altri criteri*»; il comma 3 dell' art. 1 della Direttiva 2009/24/CE (c.d. Direttiva Software), sancisce invece che «*un programma per elaboratore è tutelato se originale, ossia se è il risultato della creazione intellettuale dell' autore. Per determinare il diritto alla tutela non sono presi in considerazione altri criteri*» (cfr. art. 1, comma 3, della Direttiva 2009/24/CE (c.d. Direttiva Software).

<sup>49</sup> J.M. DELTORN e F. MACREZ, *Authorship in the Age of Machine learning and Artificial Intelligence*, in S. M. O' CONNOR (a cura di), *The Oxford Handbook of Music Law and Policy*, Oxford, 2019, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2018-10, p. 8, richiamando quanto affermato da Sam Ricketson, professore emerito della Melbourne Law School, in occasione della *annual Manges Lecture* della Columbia Law School del 1992 (S. RICKETSON, *People or Machines: The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship*, 16, in *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 1, 1991).

agreements, ma una posizione precisa in tal senso è presente solo in una fonte di *soft law*, lo *European Copyright Code* del *Wittem Group*.

L' art. 2.1 di tale *code* prevede, infatti, che «*The author of a work is the natural person or group of natural persons who created it*», peraltro chiarendo che l' espressione «*in so far*»<sup>50</sup> usata dall' art. 1.1 per indicare che un' opera è tale *in quanto* costituisce «*its author' s own, intellectual creation*», non è una mera condizione di esistenza del diritto d' autore, «*but also defines its limits*».

Nel nostro ordinamento, il fatto che l' autore debba essere necessariamente una persona fisica sembrerebbe potersi desumere a livello sistematico da diverse norme della l.d.a., come, ad esempio l' art. 25 l.d.a., secondo cui la durata del diritto d' autore è pari a «70 anni dalla morte del suo autore»<sup>51</sup>. Anche la formulazione *ex art. 2576 c.c. e art. 6 l.d.a.*, secondo cui il titolo originario dell' acquisto del diritto d' autore è costituito dalla *creazione dell' opera*, quale *particolare espressione del lavoro intellettuale*, sembrerebbe deporre in tal senso. A tal proposito il Report italiano reso nell' ambito del citato Study Question dell' AIPPI, nel richiamare la giurisprudenza europea e rilevare che «*the Court of Justice of the European Union (CJEU) has declared on several occasions that copyright only applies to original works and that originality must reflect the “author’ s own intellectual creation” (see case C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbaldes Forening)*» specifica che «*This is usually understood as meaning that a human author is necessary for a work to enjoy copyright protection*<sup>52</sup>».

La principale critica all' idea di considerare implicito il requisito della *human authorship* è che all' epoca in cui sono state adottate le normative citate non era neanche concepibile che le opere dell' ingegno potessero essere prodotte da entità differenti dall' uomo.

Nonostante tali contestazioni, si propende tendenzialmente per ritenere che, anche con il mutato contesto tecnologico, la presenza di un autore umano debba essere considerata ancora oggi uno dei presupposti della tutela autorale<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> cfr. art. 1 dello European Copyright Code (EPC) del Wittem Group, 2010, in <https://www.ivir.nl/copyrightcode/>, «*Copyright subsists in a work, that is to say, any expression within the field of literature, art or science in so far as it constitutes its author’ s own intellectual creation.* ».

<sup>51</sup> Report Italiano sullo Study Question AIPPI, *Copyright*, cit..

<sup>52</sup> Study Question AIPPI, o.l.c., p. 2.

<sup>53</sup> In effetti, anche all' esito dei numerosi interventi legislativi in materia resi necessari dall' evoluzione tecnologica degli ultimi decenni, l' intera disciplina sul diritto d' autore è comunque rimasta coerente rispetto ad un elemento di fondo: la necessaria sussistenza di un autore persona fisica a cui imputare un atto creativo. In una prospettiva di analisi eurounitaria, v. M. KOP, *AI & Intellectual Property: Towards an Articulated Public Domain*, in *Texas Intellectual Property Law Journal* (TIPLJ), vol. 28, n. 1, 2020, p. 304; Cfr. anche art. 2.1 dello European Copyright Code del Wittem Group, cit.. Così, anche A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, cit..

3. Con il crescente utilizzo di sistemi di AI nel settore creativo, il processo di venuta ad esistenza delle opere dell'ingegno prodotte con l'ausilio di tali nuove tecnologie è mutato sensibilmente e, con esso, la possibilità di qualificare tali artefatti come creativi.

Gli sconvolgimenti relativi al processo di venuta ad esistenza delle creazioni intellettuali riguardano non solo i soggetti giuridici coinvolti in esso, ma anche la *natura* dell'intervento umano in tale processo, a seconda della tecnologia utilizzata, nonché le «fasi» stesse in cui esso tradizionalmente si è esplicitato (idea, espressione dell'idea, fissazione su un supporto).

3.1 Molti sono i soggetti (persone fisiche e giuridiche) che possono essere coinvolti nel processo di creazione di opere tramite sistemi di AI: a coloro che intervengono genericamente nella progettazione, programmazione, implementazione e distribuzione di un sistema di intelligenza artificiale, nei processi di creazione delle opere dell'AI si aggiungono altre figure con un ruolo e una qualificazione a sé stanti.

Per quanto riguarda i soggetti che intervengono, a monte, nel processo di creazione e di utilizzo di un sistema di AI, basti notare innanzitutto che nella implementazione di un modello di intelligenza artificiale sono implicati non solo i designer e i programmatori del software, ma anche gli autori dell'hardware. Inoltre, poiché i sistemi di AI sono normalmente sottoposti ad una fase di training in cui viene loro «insegnato» come giungere a un qualsivoglia output a partire da determinati input (informazioni, dati personali, immagini, ecc.), altri soggetti coinvolti nel processo possono essere gli autori del training.

Ulteriori figure chiave della filiera di creazione e di utilizzo di un sistema di AI possono essere, poi, i produttori, i distributori e gli utenti finali.

A questo riguardo, la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'AI del 21 aprile 2021 si riferisce a tali soggetti complessivamente con il termine «operatori»<sup>54</sup> definendoli come «il fornitore, l'utente, il rappresentante autorizzato, l'importatore e il distributore» e, a sua volta, (i) il fornitore come «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o che fa sviluppare un sistema di IA al fine di immetterlo sul mercato o metterlo in servizio con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito»; (ii) l'utente come «qualsiasi persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale»; (iii) il rappresentante autorizzato come «qualsiasi persona fisica o giuridica stabilita nell'Unione che ha ricevuto un mandato scritto da un fornitore di un sistema di IA al fine,

---

<sup>54</sup> Cfr. art. 3 della *Proposta di Regolamento Del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione* del 21 aprile 2021, reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.



rispettivamente, di adempiere ed eseguire per suo conto gli obblighi e le procedure stabiliti dal presente regolamento»; (iv) l' importatore come «qualsiasi persona fisica o giuridica stabilita nell' Unione che immette sul mercato o mette in servizio un sistema di IA recante il nome o il marchio di una persona fisica o giuridica stabilita al di fuori dell' Unione»; (v) il distributore come «qualsiasi persona fisica o giuridica nella catena di approvvigionamento, diversa dal fornitore o dall' importatore, che mette a disposizione un sistema di IA sul mercato dell' Unione senza modificarne le proprietà».

Già prima, comunque, la «Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l' intelligenza artificiale» si era occupata di definire il concetto di «operatori»<sup>55</sup>, limitandosi, però, a distinguere tra (i) operatori di «*front-end*», ovvero «la persona fisica o giuridica che esercita un certo grado di controllo su un rischio connesso all' operatività e al funzionamento del sistema di IA e che beneficia del suo funzionamento»; e (ii) operatori di «*back-end*», ovvero «la persona fisica o giuridica che, su base continuativa, definisce le caratteristiche della tecnologia e fornisce i dati e il servizio di supporto di back-end essenziale e pertanto esercita anche un elevato grado di controllo su un rischio connesso all' operatività e al funzionamento del sistema di IA».

Pur restando da comprendere la portata che avranno tali definizioni nella versione definitiva dei testi normativi che saranno eventualmente adottati, è certo che le stesse dovranno essere coordinate con le ulteriori figure che rilevano nei processi di produzione di opere dell' ingegno.

Tra queste, quando si utilizzano sistemi di AI in campo creativo, vi sono almeno coloro che<sup>56</sup>:

- a) hanno creato le opere «prime», ovvero le opere che sono utilizzate per addestrare i sistemi di AI;
- b) si occupano della selezione delle opere da utilizzare come dati di *training*;
- c) nel caso di apprendimento supervisionato, assegnano a ciascuna delle entità selezionate, dei «*labels*», ovvero parole chiave e metadati, che permettono di addestrare il modello;
- d) selezionano un modo di «rappresentazione del segnale», un formato di trascrizione delle informazioni che renda facile per la macchina manipolarle (nel caso descritto nella tabella di seguito, è stato utilizzato un vettore di parametri «x1»... «xn»);
- e) scelgono il tipo di modello di AI da utilizzare (nel caso descritto in tabella, una rete neurale), i dettagli della sua architettura e i suoi parametri, nonché le modalità della fase di addestramento (funzione di costo, ecc.);

<sup>55</sup> Cfr. art. 3 della *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l' intelligenza artificiale (2020/2014(INL))*, «Regime di responsabilità civile per l' intelligenza artificiale», reperibile al link [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_IT.html).

<sup>56</sup> A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, cit., p. 26.

f) durante l' addestramento osservano, selezionano e utilizzano le entità prodotte per modificare il modello o le caratteristiche dell' apprendimento automatico/supervisionato;

g) intervengono nella fase di «post-produzione» per selezionare e modificare le entità del modello generativo o reintrodurle nel data-set addestramento (h).

La compresenza di una pluralità di figure potenzialmente coinvolte pone molteplici quesiti: primo fra tutti, se possa essere individuato, tra di esse, un soggetto da definirsi «autore» così come inteso dalla normativa attualmente vigente (persona fisica).

Si tratta di soggetti che, distanziandosi di molto dalla figura dell' autore di opere dell' ingegno «classiche» a cui si riferisce l' impianto normativo vigente, possono inserirsi nel sillogismo autore=creatività=prodotto creativo elementi di rottura piuttosto importanti.

Nonostante le diverse proposte operative sollevate in dottrina<sup>57</sup>, si deve ritenere che allo stato attuale non possa fornirsi una risposta a tali quesiti se non a seguito di un' analisi più approfondita delle modalità concrete di funzionamento dei modelli di AI e di intervento umano nel funzionamento degli stessi.

3.2 Come si è detto, nella letteratura sul tema, si distingue generalmente<sup>58</sup> tra due tipi di «creazioni dell' AI»: (i) le creazioni «assistite» da un sistema di AI (non autonomo), rispetto alle quali lo stesso agisce come mero strumento del processo creativo, che è sempre appannaggio di (o comunque supervisionato da) un essere umano; (ii) le creazioni «generate» dai sistemi di Intelligenza Artificiale (autonomi) senza alcun apporto dell' uomo o con un suo intervento minimo.

Una tale distinzione non convince del tutto.

Innanzitutto, perché parlare di sistemi di AI in modo generico è fuorviante: a sollevare le problematiche maggiori nel campo del diritto d' autore sono i modelli di *machine learning*<sup>59</sup> e, in particolare, tra questi, i sistemi più «complessi e dinamici», che si basano «su un' architettura, che di solito viene stabilita da un programmatore prima del processo di addestramento ed è composta da strati di neuroni collegati» tra loro<sup>60</sup>.

Vi sono infatti software così complessi nei quali – più che in altri – l' intervento umano è talmente marginale<sup>61</sup> che, ad esempio, la classica individuazione di una persona fisica a monte del processo

<sup>57</sup> Per quanto riguarda la dottrina francese, ad esempio, cfr. A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, cit.

<sup>58</sup> J. DREXL et al., *Artificial*, cit.

<sup>59</sup> J. DREXL et al., o.l.c., p. 2

<sup>60</sup> J. DREXL et al., o.l.c., traduzione dell' autore.

<sup>61</sup> *Contra*, con riferimento al campo delle invenzioni, cfr. G. SANSEVERINO, *Ex machina. La novità e l' originalità dell' invenzione «prodotta» dall' AI, AIDA. Annali italiani del diritto d' autore, della cultura e dello spettacolo*, 2019, pp. 6, 19.

algoritmico diviene piuttosto complessa o si riduce ad una scelta legislativa fittizia, rispondente a logiche di politica del diritto che, per quanto condivisibili, richiedono nondimeno una precisa analisi in tal senso.

Pertanto, parlare di sistemi di AI in generale potrebbe non essere sufficiente ai fini di un' analisi operativa completa e realistica e occorrerebbe piuttosto effettuare delle riflessioni differenti a seconda della tecnologia specifica che ha prodotto i diversi output.

In secondo luogo, una simile impostazione non convince in quanto, basandosi su una distinzione tra sistemi di AI autonomi e sistemi di AI non autonomi, non coglie il punto nevralgico della questione: ovvero, che non è tanto l' assenza o la presenza dell' intervento umano – o la sua «quantità» – a fare la differenza nel processo di creazione di un' opera, ma la «qualità» di tale apporto, che può essere creativo o meno.

Non è detto che un' opera «creata» con un sistema di AI non autonomo sia creativa più di un' opera «generata» da sistemi intelligenti «autonomi» e questo perché l' intervento umano, nel primo come nel secondo caso, pur magari presente in modo massiccio, può ridursi a una attività di natura meramente tecnica.

Peraltro, le affermazioni secondo cui l' AI genera «autonomamente» invenzioni hanno suscitato già in passato molte polemiche<sup>62</sup>.

Che l' AI sia capace di generare prodotti in modo autonomo, rispetto ai quali l' uomo si possa limitare a indicare l' obiettivo finale senza fornire istruzioni su come raggiungerlo, è smentito alla luce dello stato tecnologico dell' arte<sup>63</sup>.

Gli informatici sono piuttosto concordi nell' affermare che non esistono, ad oggi, e forse non esisteranno mai, sistemi intelligenti in grado di operare in modo del tutto autonomo: i software e le macchine di AI chiamati a risolvere problemi nuovi tramite ragionamenti induttivi e valutazioni probabilistiche, partono *sempre* dalle istruzioni impartite dall' uomo e con il controllo, seppur minimo, di quest' ultimo<sup>64</sup> e non potrebbe essere altrimenti. Anche i sistemi più complessi, che accumulano esperienza man mano che ricevono dall' esterno ulteriori informazioni su quello che stanno elaborando<sup>65</sup>, non prescindono mai da un input esterno.

Non è stata d' altronde considerato segno di un comportamento autodeterminante neanche la randomizzazione utilizzata nei sistemi di *machine learning*.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> J. DREXL et al., *Artificial*, cit.

<sup>63</sup> J. DREXL et al., o.l.c.

<sup>64</sup> Con riferimento al campo delle invenzioni, cfr. G. SANSEVERINO, *Ex machina*, cit.

<sup>65</sup> In altre parole, i sistemi di AI modificano gli algoritmi man mano che ricevono più informazioni su quello che stanno elaborando (è il c.d. apprendimento automatico o *machine learning*);

<sup>66</sup> J. DREXL et al., *Artificial*, cit.

Il punto nodale della questione, infatti, non è tanto *l' autonomia* del sistema di AI utilizzato, quanto piuttosto *l' automaticità* del processo che lo stesso pone (o che può tecnicamente porre) in essere e, di conseguenza, la creatività nel caso concreto dell' input umano.

È infatti nella libertà di scelta tra più modi di esprimere un' idea, nonché nella possibilità dell' uomo di intervenire *direttamente* o meno nel processo creativo e di incidere sul suo risultato, la differenza ' qualitativa' tra «autonomia» e «automaticità» del processo.

Nel campo della bioetica e della filosofia, «autonomia» indica rispettivamente un «principio-guida dell' azione morale, che include diversi significati: autodeterminazione, autodecisione, diritto alla libertà e alla riservatezza», nonché «l' espressione della libertà del volere, sia nel suo aspetto negativo di esclusione di ogni norma che non derivi dalla sua stessa natura, sia in quello positivo di affermazione del potere dello spirito di dare a sé stesso la propria norma»<sup>67</sup>.

Considerata in questi termini l' autonomia, difficilmente può affermarsi che l' AI abbia una volontà e libertà proprie, distinte da quelle dei soggetti che la utilizzano o che l' hanno ideata, programmata, allenata – a meno di non volersi interrogare in una prospettiva innanzitutto filosofica sul significato stesso di «libertà» e «volontà» dell' uomo, il che però esula dall' oggetto di tale contributo.

La nozione di «automaticità», invece, facendo riferimento alla «capacità di una macchina di regolare il proprio funzionamento» e richiamando il concetto di «ripetizione» di azioni «in serie, senza il diretto intervento dell' uomo», prescinde da valutazioni circa la capacità del sistema di AI di esplicitare una propria volontà e, dunque, appare più opportuna rispetto a quella di autonomia, quando si discorre di processi di creazione di un' opera dell' ingegno da parte di un sistema di AI.

«Automatico», infatti, si dice «di macchina, meccanismo o dispositivo che, regolato opportunamente, è capace di compiere determinate operazioni o lavorazioni, per lo più *ripetute in serie, senza il diretto intervento dell' uomo*»<sup>68</sup>.

Peraltro, nel contesto tecnologico, il concetto di «automaticità» è collegato a quello di «automazione», con cui si intende, per dirla con le parole di una recente sentenza del Consiglio di Stato italiano, la «predisposizione di sistemi di azione e controllo idonei a ridurre, in misura diversa, grado e frequenza dell' intervento umano nello svolgimento di una data attività»<sup>69</sup>, nonché, più genericamente, «l' impiego di macchine e procedure complesse e raffinate, capaci di regolare il proprio funzionamento e di

---

<sup>67</sup> Enciclopedia online Treccani, lemma «autonomia», <https://www.treccani.it/enciclopedia/autonomia/>

<sup>68</sup> Vocabolario online Treccani, lemma «automatico», <https://www.treccani.it/vocabolario/automatico/>

<sup>69</sup> Cfr. Cons. Stato, 25 novembre 2021, n. 7891, in *Diritto di Internet*, 1, 2022, con nota di G. GALLONE, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale*.

controllare mediante organi sensibili la qualità del lavoro prodotto, in particolare con riferimento a cicli produttivi retti da calcolatori di processo»<sup>70</sup>.

È rispetto all' automaticità del processo che vanno allora valutate l' *incidenza*, nella creazione dell' opera dell' AI, dell' uomo e delle scelte creative da lui liberamente o meno effettuate ed *espresse* nell' output e, dunque, in definitiva la creatività dell' intervento umano e dell' opera che ne risulta.

3.3 Ciò che è stato fino ad ora considerato in modo quasi indiscusso il normale susseguirsi delle tre fasi del procedimento di venuta ad esistenza di un' opera – idea, espressione dell' idea e fissazione su un supporto materiale<sup>71</sup> – nell' era digitale, il «classico» processo creativo ha iniziato ad essere messo sempre più in discussione.

Innanzitutto, con riferimento alla sua terza fase, la diffusione di Internet ha di fatto determinato l' emersione di un genere di opere che non trovano mai esteriorizzazione in un supporto materiale<sup>72</sup>.

Con l' avvento dell' AI, poi, anche la linea di demarcazione tra «idea» (non protetta) ed «espressione dell' idea»<sup>73</sup> (protetta) è divenuta più sfumata.

Nelle opere create dall' uomo, l' «emancipazione» della «forma espressiva» dal mondo delle idee è di suo esclusivo appannaggio; in quelle generate dall' AI, l' «espressione delle idee» è un momento che riguarda esclusivamente il software e il suo funzionamento<sup>74</sup>: è l' algoritmo (più o meno intelligente) che, eseguendo degli input, «elabora» le idee non protette e ne dà una forma astrattamente tutelabile.

In questo contesto, la produzione dell' opera diventa parte integrante del processo algoritmico dell' AI<sup>75</sup>: gli algoritmi di intelligenza artificiale «apprendono sulla base dell' utilizzo di opere preesistenti in maniera non convenzionale, realizzando su di esse una cd. reverse engineering. Tali opere vengono scomposte, decostruite e successivamente ricostruite e ricomposte al fine di elaborare un nuovo modello creativo»<sup>76</sup>.

Il processo dell' AI non è dunque volto ad *esprimere* un contenuto informativo o un' idea, come classicamente inteso, ma a «massimizzare la probabilità di ottenere con successo gli obiettivi prefissati»<sup>77</sup>. In particolare, «l' AI adotta un ragionamento deduttivo risultante dalla destrutturazione delle opere di cui

<sup>70</sup> Vocabolario online Treccani, lemma «automazione», <https://www.treccani.it/vocabolario/automazione/>

<sup>71</sup> L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit. nel commento all' art. 1 della L. 22 aprile 1941, n. 633, p. 1464.

<sup>72</sup> cfr. R. ROMANO, *L' opera e l' esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Padova, 2001.

<sup>73</sup> Dare una «forma» a delle idee ai sensi della normativa autorale ha significato sinora estrinsecare le stesse «nel mondo esteriore» in una struttura «che rechi l' impronta di un' elaborazione personale» (cfr. R. MONGILLO, *Opere*, cit., p. 30).

<sup>74</sup> Peraltro, spesso il processo di elaborazione del software di AI è sconosciuto all' uomo, a causa dell' ormai noto fenomeno della *black box*.

<sup>75</sup> J. DREXL et al., *Artificial*, cit.

<sup>76</sup> F. FERRETTI, *Intelligenza*, cit..

<sup>77</sup> Cfr. Cons. Stato, 25 novembre 2021, n. 7891, cit., con nota di G. GALLONE, *Il Consiglio*, cit.

si alimenta allo scopo di individuare i metodi creativi adoperati e di riassemblarli, per creare un' opera artificiale, derivata da una creatività altrettanto artificiale sorta sulle opere preesistenti e sui meccanismi di funzionamento delle menti degli autori di tali opere»<sup>78</sup>.

Anche i modelli di *machine learning* più complessi e dinamici, come le c.d. reti neurali artificiali, altro non sono che un insieme di funzioni matematiche che trasformano gli input (il valore numerico dei pesi a monte) in un output (il valore numerico dei pesi a valle)<sup>79</sup>.

Il funzionamento dell' intelligenza artificiale, così come delineato, è davvero sufficiente a poter affermare che le opere dell' AI costituiscono idee *espresse* in una forma ai sensi della normativa autorale<sup>80</sup>? E, in caso affermativo, in quale punto (momento temporale, passaggio logico, calcolo) del processo «creativo» tale espressione si manifesterebbe?

La risposta ai quesiti è tutt' altro che semplice, tanto che, come anche rilevato dal Max Planck Institute in uno studio del 2021<sup>81</sup>, a seconda di come viene addestrato il sistema di AI e del tipo di input umano che richiede, potrebbe essere molto difficile o addirittura impossibile stabilire il momento di venuta ad esistenza dell' opera<sup>82</sup> in cui sorge la protezione del diritto d' autore<sup>83</sup>.

Fino ad ora, è stato il concetto di creatività, in quanto ricollegato al processo di scelta tra più opzioni posto in essere dall' autore e all' estrinsecazione della sua personalità, ad aver demarcato le due fasi dell' «idea» e dell' «espressione dell' idea».

Ad oggi, in un processo creativo «innervato» da calcoli matematici e funzioni, prendere in considerazione unicamente il criterio della creatività come giustificazione del riconoscimento di un monopolio esclusivo sull' opera<sup>84</sup> rischia di non essere più sufficiente: definita la creatività come espressione del legame tra un autore e la sua opera, è difficile sostenere che le creazioni dei sistemi di AI siano frutto della «creatività» di questi ultimi.

È stato sottolineato, infatti, che «gli algoritmi sono [solo] in grado di simulare la creatività»<sup>85</sup>.

---

<sup>78</sup> F. FERRETTI, *Intelligenza*, cit..

<sup>79</sup> J. DREXL et al., *Artificial*, cit.

<sup>80</sup> Oggi, che il processo creativo (nel senso di «creazione dell' opera» e non più di «espressione della personalità dell' autore») è appannaggio dell' AI, si può davvero dire che le idee (ad esempio, nella forma del set di dati immesso nell' AI) siano state effettivamente espresse nel senso inteso dal diritto d' autore?

<sup>81</sup> J. DREXL et al., *Artificial*, cit.

<sup>82</sup> Nel caso delle reti neurali artificiali, ad esempio, le funzioni contenute nei neuroni sono accessibili individualmente e hanno già di per sé un valore informativo indipendente (cfr. J. DREXL et al., *Artificial*, cit.), quasi fossero una «porzione» autonoma del risultato finale, dei «micro-output». Occorrerebbe forse indagare quale sia il valore giuridico di tali «micro-output», perché a seconda che si riconosca o meno una valenza giuridica a sé stante degli stessi, il momento dell' attivazione della tutela autorale potrebbe mutare.

<sup>83</sup> J. DREXL et al., *Artificial*, cit.

<sup>84</sup> Così P. GRECO e P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell' ingegno*, Torino, 1974, pp. 37 ss.

<sup>85</sup> F. FERRETTI, *Intelligenza*, cit..

D' altra parte, come si è visto, non è neanche detto che tali creazioni siano sempre espressione della personalità di colui o coloro che intervengono nel processo algoritmico.

Considerando che non sarebbe auspicabile, in termini di certezza del diritto, introdurre un criterio del tutto nuovo per la demarcazione tra idee libere e idee espresse e tutelabili dal diritto d' autore<sup>86</sup>, una soluzione a questo apparente *impasse* potrebbe essere rappresentata da una reinterpretazione del criterio di originalità in chiave oggettiva, scardinandolo da quello di creatività.

4. I concetti di «originalità» e «creatività» sono stati utilizzati in molti casi come coincidenti: non è raro che si sia fatto ricorso ad uno dei due termini per fornire una definizione dell' altro, secondo l' idea che «originale» sarebbe un' opera espressa in modo creativo, o, viceversa, «creativa» un' opera con carattere di originalità<sup>87</sup>.

La giurisprudenza italiana dal canto suo ha avuto un ruolo importante nel perpetuarsi di una percezione quantomeno di interdipendenza tra le due nozioni, non fornendo una definizione né di originalità né di creatività e utilizzando i due termini in modo «circolare»: in una sua emblematica sentenza<sup>88</sup>, la Corte di Cassazione sembra far ricorso indifferentemente ai termini «originalità» e «carattere creativo» quando argomenta in merito al primo motivo in cui era stata chiamata a giudicare proprio sul concetto di «originalità». Nel prosieguo della sentenza, però, sulla scia di quello che oramai sembra un orientamento consolidato sul punto<sup>89</sup>, la Corte specifica anche che «il concetto giuridico di creatività, cui fa riferimento la norma della L. n. 633 del 1941, ex art. 1, non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, riferendosi, per converso, alla personale e individuale espressione di un' oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell' art. 1 della Legge citata, di modo che un' opera dell' ingegno riceve protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore».

Dalle parole della Corte, tuttavia, non si evince con chiarezza quale sia la linea di demarcazione tra le nozioni di «originalità» e di «creatività», né se le stesse abbiano effettivamente un significato giuridico a sé stante.

---

<sup>86</sup> Come rilevato *supra*, cfr. il considerando 8 della Direttiva *Software* (Direttiva n. 91/250/CEE) ai sensi del quale «per quanto riguarda i criteri da applicare per determinare se un programma per elaboratore costituisca o meno un' opera originale, non dovrebbero essere valutati i meriti qualitativi o estetici del programma», nonché il considerando 16 della Direttiva Database (Direttiva n. 96/9/CE), secondo cui «non dovranno essere applicati altri criteri diversi da quello di originalità, nel senso di creazione intellettuale, per stabilire se una banca di dati sia tutelabile o meno in base al diritto d' autore, e in particolare non dovrà essere effettuata alcuna valutazione della qualità o del valore estetico della banca di dati».

<sup>87</sup> Si veda soprattutto, in tal senso, la giurisprudenza euro-unitaria già citata.

<sup>88</sup> Cass., 28 novembre 2011, n. 25173

<sup>89</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, oltre alla sentenza in esame (Cass. 28 novembre 2011, n. 251739), Cass., 12 marzo 2004, n. 5089, nonché Cass., 13 novembre 2015, n. 23292 e Cass., 23 marzo 2017, n. 7477.

Si ritiene che nel contesto attuale la nozione di «originalità» e quella di «creatività» potrebbero essere reinterpretate in modo inedito e considerate, così, come autonome.

4.1 Seppur con qualche incertezza, già in passato dottrina e giurisprudenza hanno considerato l'originalità come requisito di accesso alla tutela autorale distinto dalla creatività, per quanto ancora legata a stretto filo con essa - talvolta *inglobata*<sup>90</sup>, talaltra *inglobante* la stessa<sup>91</sup>.

Esistono, d'altronde, nel tessuto normativo italiano attuale esempi di opere originali del cui carattere creativo si può dubitare:

- a) le opere in comunione<sup>92</sup>, nelle quali i contributi di ciascun autore sono indistinti e irriconoscibili e non necessariamente riflettono complessivamente l'«*intellectual creation*» di ciascuno di loro;
- b) le opere collettive<sup>93</sup>, frutto dell'unione di lavori minori o di frammenti di lavori di autori diversi, che sono riuniti per uno scopo determinato – per lo più divulgativo, didattico o scientifico<sup>94</sup> –, rispetto alle quali a ben vedere la creatività è richiesta *ex lege*<sup>95</sup> per il singolo contributo dei differenti autori, non per il risultato finale;
- c) le c.d. «opere composte» di cui agli artt. da 33 a 37 l.d.a., ovvero le opere drammatico-musicali con parole, le opere coreografiche e pantomimiche, che sono generalmente frutto della creazione intellettuale di più autori e per le quali valgono le medesime considerazioni esposte nei punti precedenti;
- d) le opere anonime, rispetto alle quali la tutela prescinde dall'individuazione concreta di un autore persona fisica alla cui «*intellectual creation*» ricondurle.

Un'ulteriore riflessione in questo senso potrebbe essere condotta sui software e sulle banche dati: rispetto ad essi, dottrina e giurisprudenza, nel tentativo di conciliare l'impostazione personalistica classica del concetto di creatività/originalità con la scelta legislativa di origine comunitaria di inserire tali categorie di opere tra quelle tutelabili ai sensi dell'art. 1, comma 2, e dell'art. 2, nn. 8 e 9, l.d.a., hanno elaborato riflessioni che sono apparse a taluni «forzate»<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> cfr. a mero titolo di esempio, Cass. civ. Sez. I, Sent., 28-11-2011, n. 25173. A qualificare l'originalità e la novità come due componenti della creatività è A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 79

<sup>91</sup> «*This definition of originality has embedded in it the notion of creativity*» (cfr. A. RAMALHO, *Ex Machina, Ex Auctore? Machines that create and how EU copyright law views them*, 2018 in [www.copyrightblog.kluweriplaw.com](http://www.copyrightblog.kluweriplaw.com)).

<sup>92</sup> Cfr. Art. 10 l.d.a.

<sup>93</sup> Cfr. artt. 3 e 7 l.d.a.

<sup>94</sup> L'esempio classico è dato dalle enciclopedie, ma oggi sono comprese in questa categoria anche i giornali e le riviste.

<sup>95</sup> L'art. 3 fa, infatti, riferimento a «opere o di parti di opere, che hanno carattere di *creazione autonoma*».

<sup>96</sup> Con riferimento alle banche dati, cfr. A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER e C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Parigi, 2012, p. 141, «*Sauf à forcer le sens des mots, on ne voit guère comment la personnalité d'un auteur pourrait s'exprimer dans la notice d'utilisation d'un espalier de porte, le texte d'un brevet, un annuaire de téléphone ou des guides regroupant des renseignements administratifs*».



Per riconoscere la tutelabilità dei software, per esempio, si è giunti a considerare gli stessi come «opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna», riferendone la protezione essenzialmente al loro codice sorgente, che, in quanto «scritto in un linguaggio comprensibile all' uomo»<sup>97</sup>, poteva essere funzionalmente assimilato ad un testo letterario.

Per accordare, invece, una protezione alle banche dati si è optato per far assurgere la creatività ad elemento dirimente tra i database tutelabili ai sensi degli artt. 64-quinquies e ss. (appunto, le banche dati creative) e quelli che, non qualificabili come opere dell' ingegno (poiché non creativi), possono accedere alla sola tutela di diritto connesso prevista dagli artt. 10-bis ss. l.d.a.<sup>98</sup>. Ebbene, rispetto alle banche dati, la creatività è stata individuata «alternativamente o cumulativamente nella scelta o nella disposizione dei materiali»<sup>99</sup>. Appare, tuttavia, difficile riconoscere nella «scelta» o nella «disposizione» dei materiali di una banca dati un' impronta personale del loro costituente.

Con l' avvento dei sistemi di AI, che simulano soltanto la creatività, ma di produrre nondimeno opere che da un punto di vista «esteriore», oggettivo, sono in tutto e per tutto indistinguibili da quelle create dall' uomo e di fatto originali, il legame biunivoco tra i due concetti è messo ancor più in discussione.

4.2 Effettuare una distinzione tra il concetto di creatività e quello di originalità si pone innanzitutto come una questione di politica del diritto e riflette essenzialmente la necessità di salvaguardare – anche nell' evoluzione cui la normativa autorale sta andando incontro nel contesto digitale – una dimensione soggettiva del diritto d' autore che, quantomeno per parte di tali opere (quelle creative), continui a valorizzare gli interessi personalistici dei creatori-persone fisiche, senza al contempo negare l' evidente necessità di riconoscere protezione alle opere che creative non sono, ma originali possono essere.

Da una parte, infatti, la concezione personalistica della normativa autorale, alla base delle riflessioni della dottrina italiana, ma non solo<sup>100</sup>, esige una ri-espansione della pregnanza dei diritti morali, quantomeno in termini generali e astratti rispetto alle opere che possono dirsi creative.

Dall' altra, vanno valorizzate – anche in quanto funzionali al complessivo progresso culturale della comunità di riferimento – le prerogative patrimoniali di chi investe in un' attività economica di produzione di opere dell' ingegno e ciò altresì quando i risultati della stessa non siano riconducibili in senso stretto a una creazione intellettuale.

---

<sup>97</sup> L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., p. 1656.

<sup>98</sup> «Rientrano nel catalogo delle opere dell' ingegno e quindi nella tutela propriamente d' autore solo le banche di dati dotate di creatività. Le banche di dati non creative non sono qualificabili come opere dell' ingegno ma possono accedere alla diversa tutela di diritto connesso prevista dagli artt. 10-bis ss. l.a.» (L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., p. 1690).

<sup>99</sup> Per una riflessione più ampia sul punto, si veda L.C. UBERTAZZI, o.l.c., p. 1690.

<sup>100</sup> A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, cit.

Per poter fissare una simile distinzione tra i due concetti ci si dovrebbe riconciliare però con ciò che parte della dottrina considera una «stortura» del concetto di originalità, nella sua nuova accezione oggettiva, e riconoscere a tale criterio di accesso alla normativa autorale un nuovo ruolo – *«peut-être aussi plus conforme à la réalité judiciaire»*<sup>101</sup>.

In particolare, considerandola alla stregua della novità, come *«nouveauté dans l'univers des formes»*<sup>102</sup>, essa potrebbe essere pacificamente intesa quale caratteristica inerente al bene e alla sua «forma»<sup>103</sup>, più che, come la creatività, al legame tra opera e suo autore.

Una percezione dell' accezione oggettiva dell' originalità può essere individuata nella disciplina oltreoceano, ove – non a caso, ovviamente, considerando il diverso approccio degli ordinamenti di *common law* sul tema – già nei primi anni '90, in una storica sentenza della *US Supreme Court*<sup>104</sup>, è stato ritenuto che *«original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works)»*. Per quanto la Corte statunitense aggiunga poi che l' opera originale, per essere tale, debba possedere *«at least some minimal degree of creativity»*<sup>105</sup>, ciò che è interessante di tale passaggio della sentenza statunitense è che «originale» è un' opera creata indipendentemente dall' autore in quanto *non «copiata» da altre opere*.

Un' eco in questo senso si ritrova anche tra le voci autorevoli della dottrina italiana, secondo cui «originale» è qualsiasi opera «propria dell' autore», ovvero che non è «frutto di un plagio» e non ricade «in stilemi comuni»<sup>106</sup>. Senza troppo soffermarsi sul riferimento alla riconducibilità dell' opera ad un autore<sup>107</sup>, l' originalità andrebbe intesa in questa accezione nel senso che l' opera, per essere originale, non deve essere copiata, né la riproduzione o l' imitazione di modelli precedentemente creati<sup>108</sup>. La reinterpretazione in senso oggettivo di tale criterio non implica comunque necessariamente il vaglio dell' artisticità dell' opera, ma può nondimeno richiedere una valutazione della sua «estetività»<sup>109</sup>, delle «modalità in cui è presentata» e può riguardare, ad esempio, il suo essere rara, *«unusual, novel or unique»*<sup>110</sup>.

<sup>101</sup> A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, cit., p. 35.

<sup>102</sup> Così, nel diritto francese, M. VIVANT e J.-M. BRUGUIERE, *Droit d' auteur et droits voisins*, Parigi, 2019, n° 271.

<sup>103</sup> A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, cit., p. 32.

<sup>104</sup> C. Supr. USA, *Feist Publications v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

<sup>105</sup> Qui, il richiamo alla creatività potrebbe spiegarsi con la considerazione che sinora non c' è stata necessità di distinguere tra creatività e originalità.

<sup>106</sup> V. DE SANCTIS, *La protezione Delle Opere Dell' ingegno. Le opere letterarie e scientifiche, le opere musicali e le opere informatiche*, vol. II, Milano, 2003, p. 572.

<sup>107</sup> Ancora una volta la «confusione» generata dalla sovrapposibilità di concetti che in realtà sono diversi tra loro (in questo caso, paternità dell' opera e originalità) va letta alla luce della considerazione che sino ad ora non era stato necessario domandarsi sulla necessaria presenza di un autore persona fisica a monte del processo creativo o meno.

<sup>108</sup> F. FERRETTI, *Intelligenza*, cit.

<sup>109</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni di D. INGUANEZ, *A Refined Approach*, cit., p. 809.

<sup>110</sup> F. FERRETTI, *Intelligenza*, cit.

In tale quadro, la creatività continuerebbe invece ad essere scrigno di un legame indefettibile tra l'opera e il suo creatore e la locuzione, di cui alla sentenza Painer, «creazione intellettuale dell'autore che ne riflette la personalità»<sup>111</sup>, dalla Corte riferita, coerentemente con l'impostazione tradizionale, al carattere «originale» dell'opera, potrebbe invece essere assunta come definizione di «opera creativa», quale risultato delle «scelte proprie e «arbitrarie» del suo autore.

5. Evidenziare gli elementi di discontinuità tra il concetto di creatività e quello di originalità può costituire in definitiva il presupposto per elaborare una proposta di «ampliamento» della tutela autorale anche alle opere dell'AI, che però non neghi la dimensione umanista ad essa riconosciuta, nel nostro come in altri ordinamenti, ma anzi la arricchisca di un ulteriore elemento di valutazione.

Si tratterebbe di intendere il diritto d'autore, tradizionalmente «presentato come una universalità, un insieme unitario»<sup>112</sup>, quale normativa capace di inglobare un ampio spettro di soluzioni operative – già vigenti per alcune delle diverse declinazioni di opere intellettuali tipizzate dalla l.d.a. (ad es. le opere collettive, composte, in comunione, le banche dati e i software) – applicabili in maniera modulabile e scalabile a seconda degli interessi da perseguire nel caso concreto, tuttavia ancorandosi ad indici definiti in senso quanto più oggettivo possibile.

La differenziazione tra i vari regimi sarebbe da farsi in base al contenuto e all'incidenza dell'intervento umano nel processo di produzione dell'opera, da valutarsi a sua volta sulla scia della maggiore o minore automaticità dei sistemi di AI e, in particolare, tra questi, dei modelli di *machine learning*.

A seconda della natura creativa o meno dell'apporto umano, si potrebbe, infatti, giungere a distinguere tra (i) opere che sono «solo» originali – ovvero che, a causa della scarsa incidenza dell'intervento umano nel processo di creazione, non sono ricollegabili a una persona fisica o comunque non riflettono, in quanto tali, la personalità di alcun autore – e (ii) opere che sono (non solo originali ma anche) creative – ovvero che, per le modalità concrete con cui si è esplicato il processo, riescono comunque ad assurgere ad espressione dell'*author's own intellectual creation*.

La valutazione della sussistenza in questi termini di uno o di entrambi i criteri di accesso alla normativa autorale andrebbe effettuata in sede giudiziaria: in particolare, in virtù del principio enunciato all'art. 2697 c.c., secondo cui «chi intende far valere un diritto in giudizio ha l'onere di provare i fatti costitutivi del medesimo diritto azionato»<sup>113</sup>, l'attore (di solito, l'autore stesso che lamenta la lesione dei suoi diritti di

<sup>111</sup> C. giustizia UE, 1 dicembre 2011, causa C - 145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri*, cit., par. 99.

<sup>112</sup> A. BENSAMOUN, *Libre propos sur l'existence d'un droit de l'oeuvre applicable aux créations issues de l'intelligence artificielle*, in J.M. BRUGUIERE e C. GEIGER, *Penser le droit de la pensée. Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, 1ª ed., Parigi, 2020, p. 18.

<sup>113</sup> « (...) l'attore è tenuto a dimostrare che l'opera sia il risultato dell'apporto personale dell'autore, il quale abbia conferito all'idea un'autonoma espressione mediante la soggettiva elaborazione di elementi e informazioni esistenti» (in questo senso

esclusiva) sarebbe tenuto a dimostrare prima di tutto se l'opera è originale e poi, se del caso, che la stessa è anche creativa.

Dal canto suo, il giudice chiamato a pronunciarsi dovrebbe verificare innanzitutto che l'opera sia effettivamente proteggibile, in quanto originale («nuova nella forma»), «espressione compiuta» di un'idea.

Un indice che potrebbe prendere in considerazione a tal fine, come suggerito oltralpe, sarebbe «*la valeur reconnue à l'œuvre par le public*»<sup>114</sup>. Ulteriori criteri in tal senso potrebbero essere, con gli opportuni adattamenti, quelli offerti da altri campi della proprietà intellettuale, che con le opere dell'AI condividono in genere un'applicazione spesso industriale. Ci si riferisce, in particolare, allo «stato della tecnica», alla «non evidenza»<sup>115</sup>, all'«impressione comune» e alla «persona esperta nel ramo».

L'originalità erediterebbe così il ruolo, tradizionalmente ricoperto dalla creatività, di porre una linea di demarcazione tra le opere suscettibili della protezione monopolistica autorale e quelle non tutelabili in tal senso.

Solo successivamente, il giudice potrebbe procedere a esaminare, su istanza di parte, anche l'eventuale sussistenza dell'elemento della creatività. A tal fine dovrebbe avere riguardo all'intero processo che ha portato all'esistenza dell'opera e tenere a mente di valutare non tanto l'autonomia dello strumento usato, quanto la libertà delle scelte poste in essere dalla persona fisica che è dietro al processo e il fatto che le stesse si riflettano o meno sull'opera.

Da un punto di vista operativo, la dimostrazione di entrambi i requisiti potrebbe garantire all'opera – in quanto espressione di un diritto della personalità del suo autore – una protezione «più forte» di quella accordabile ad una creazione di cui si dimostra il solo carattere originale: ad esempio, nel bilanciamento con altri diritti fondamentali che il giudice sarebbe chiamato ad effettuare nei singoli casi concreti<sup>116</sup>, le istanze dell'autore dell'opera creativa – essendo essa estrinsecazione di una libertà di espressione artistica oltre che di un diritto all'identità personale – potrebbero essere considerate più facilmente preponderanti rispetto agli altri interessi in gioco.

---

Cassazione Civile n. 4216/2015). Ciò si traduce nella necessità, per chi invoca la tutela d'autore contro condotte plagiarie altrui, di fornire in giudizio la prova del requisito dell'originalità della propria opera, dimostrando come l'opera medesima sia il risultato creativo di proprie scelte individuali compiute tra un numero sufficientemente ampio di alternative (in tal senso, Tribunale di Milano, 29.9.2015).

<sup>114</sup> A. BENSAMOUN, J. FARCHY e P.F. SCHIRA, *Mission*, cit.

<sup>115</sup> Cfr. L.C. UBERTAZZI, *Commentario*, cit., nel commento agli artt. 46 e 48 del CPI, p. 368 e ss.

<sup>116</sup> Ad es., nel test a cui è chiamato ai sensi dell'art. 5, comma 5, della Direttiva 2001/29/CE.

## La responsabilità estesa del produttore come *key factor* per una moda sostenibile: riflessioni comparatistiche

GIACOMO FURLANETTO

Dottorando di ricerca in Diritto e Scienze Umane dell'Università degli Studi dell'Insubria

L'articolo, anzitutto, evidenzia le criticità del comparto moda, il quale rappresenta uno dei settori industriali meno sostenibili, sia dal *côté* sociale che da quello ambientale. Dopo aver analizzato la moda come fenomeno sociale, l'attenzione viene posta in merito alle più rilevanti iniziative europee in tema di *sustainable fashion*, tra cui la responsabilità estesa del produttore. Successivamente, si indaga in un'ottica comparatistica la normativa francese sull'*EPR*, sottolineando a questo proposito le lacune presenti nel panorama giuridico italiano.

First of all, the article highlights critical issues in fashion, which is one of the least sustainable industries from both social and environmental perspectives. Fashion is first analyzed as a social phenomenon, then the focus is moved to the most significant actions taken by the European Union with regard to sustainable fashion, among which the Extended Producer Responsibility (*EPR*). Afterward, the French legislation on *EPR* is considered and compared to the Italian legislation in this matter, which is argued to present gaps.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La moda come fenomeno sociale – 3. Le criticità ambientali e sociali del mondo fashion: alcune iniziative europee in tema di moda sostenibile – 4. La responsabilità estesa del produttore – 4.1 L'*ep* in Italia e in Francia – 5. Osservazioni conclusive.

1. Tra i comparti industriali più rilevanti di talune economie europee<sup>1</sup>, anzitutto di Italia<sup>2</sup> e Francia<sup>3</sup>, può essere annoverato il settore moda, il quale, dopo la crisi ingenerata da *Covid-19*, sta timidamente segnalando una ripresa in termini economici.

---

<sup>1</sup> In termini generali, il volume d'affari del settore in commento, a livello globale, è enorme, “miliardario”. Cfr. G.A. ANTONINI, *L'organizzazione del business model nel settore moda tra la spinta “innovativa” e il “ritorno” alla tradizione*, in N. Lanna (a cura di), *Fashion Law. Diritti e prassi nell'industria della moda tra tradizione e innovazione*, Milano, 2021, p. 2.

<sup>2</sup> Istat, *Rapporto sulla competitività dei settori produttivi*, Roma, 2022, reperibile al sito [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>3</sup> Si vedano i dati certamente positivi elaborati dall'Eurostat (rintracciabili al sito [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).) e ripresi da numerosi quotidiani finanziari, tra cui Milano Finanza, [www.milanofinanza.it](http://www.milanofinanza.it).

Come ormai evidenziato da numerosi studi<sup>4</sup>, il comparto in oggetto<sup>5</sup> rappresenta uno dei settori industriali meno sostenibili, sia dal *côté* ambientale che da quello sociale<sup>6</sup>. Col passare degli anni, l'attenzione dei consumatori e delle organizzazioni non governative impegnate per la tutela dell'ambiente hanno spinto, tanto le istituzioni internazionali, quanto quelle nazionali, ad adottare misure atte a rendere più *green* il mondo *fashion*.

Recentemente, la Commissione Europea ha promosso una serie di iniziative volte a indirizzare il settore verso una concreta sostenibilità. A questo proposito, merita di essere menzionata la Strategia UE per i prodotti tessili sostenibili e circolari, approvata nel marzo del 2022, il Piano d'azione sull'economia circolare del 2020 e, in particolar modo, la Direttiva 2018/851/UE che ha modificato la precedente 2008/98/CE, introducendo così una nuova definizione di regime di responsabilità estesa del produttore (EPR)<sup>7</sup>.

Alcuni paesi europei, già da anni, hanno promosso iniziative che tendono a rendere il mondo *fashion* più sostenibile. Mentre altri, invece, debbono ancora adottare *policies* concrete sul punto, rallentando di conseguenza la transizione verde del comparto.

2. Prima di affrontare le criticità sociali e ambientali che sta vivendo il mondo *fashion* e, più in generale, il comparto tessile, appare interessante soffermarsi sul concetto polisemantico di moda.

Da un primo punto di vista storico, la nascita della moda come fenomeno di massa può farsi risalire alla metà del XIX sec., in Francia. Qui la presenza di nuovi macchinari industriali favorì la produzione di capi di abbigliamento in serie, i quali venduti sul mercato raggiunsero diverse fasce della popolazione. Al contempo, si sviluppò anche l'alta moda, l'*haute couture*, con particolare riferimento ai modelli femminili<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Tra i più significativi si analizzi il report denominato *A New Textiles Economy: Redesigning Fashion's Future*. Ellen Macarthur Foundation-Circular Fibres Initiative, *A New Textiles Economy: Redesigning Fashion's Future*, [www.ellenmacarthurfoundation.org](http://www.ellenmacarthurfoundation.org).

<sup>5</sup> Il comparto analizzato, anzitutto, rappresenta uno dei settori industriali più grandi al mondo considerando, da un lato, le persone che vi operano giornalmente al suo interno e, dall'altro, la sua catena di produzione – estremamente frammentata – che, inevitabilmente, vede parteciparvi altrettanti settori industriali, per esempio quello agricolo, quello della logistica, oppure ancora quello chimico.

<sup>6</sup> Su cui *infra*, § 3.

<sup>7</sup> *Infra*, § 4.

<sup>8</sup> Sul punto, B. POZZO, "Bello e ben fatto" – *The Protection of Fashion "Made in Italy"*, in *FIU Law Review*, 2021, p. 550.

Per quanto attiene al nostro Paese, sebbene la moda italiana non godesse dello stesso prestigio nel corso dell'800<sup>9</sup>, i capi di abbigliamento *made in Italy* iniziarono ad apparire nel panorama internazionale qualche decennio più tardi, promuovendo così l'iconico stile italiano.

In questo contesto, alla moda potrebbe essere ricollegato anche un ruolo sociale e, più nel dettaglio, fondamentale risulterebbe la sua caratteristica intrinseca di veicolare informazioni, ovvero di attuare una comunicazione non verbale. Nelle società preindustriali, i materiali che costituivano gli abiti indicavano, anzitutto, lo *status* sociale e, talvolta, la professione svolta. In questo senso, si può ricordare il carattere evocativo dall'abbigliamento in seta<sup>10</sup>: in origine, infatti, questo pregiato filato, nato in estremo Oriente e poi ampiamente diffuso in Europa e, in particolare, in Italia<sup>11</sup>, veniva utilizzato per la produzione di capi che sarebbero stati indossati solamente da coloro che appartenevano alle classi più abbienti, come nobili ed ecclesiastici<sup>12</sup>.

La moda può inoltre essere considerata fonte di emulazione. Sul punto, è ormai noto che l'individuo attua determinati comportamenti col fine di essere più facilmente accettato in una società o in un determinato gruppo: tali condotte, infatti, riguardano anche il modo di vestire.

Il modello imitativo come fenomeno sociale fu al centro degli interessi anche di Immanuel Kant e Adam Smith, che ci consegnano alcune riflessioni particolarmente interessanti a questo proposito. Kant riconduceva la moda a una sorta di legge: “*Una tendenza naturale dell'uomo è quella di paragonarsi nel proprio contegno con persone di maggiore autorità (il fanciullo con l'adulto, l'inferiore col superiore) e di imitarne le maniere*”<sup>13</sup>.

Adam Smith, dal canto suo, ricordava che gli individui ammirano colui che ricopre posizioni sociali di prestigio, uomini e donne facoltosi e proprio attraverso questo meccanismo di attenta osservazione si sviluppa il c.d. modello imitativo. Non solo, Smith precisava che sono le classi agiate – attraverso il proprio modo di porsi e al linguaggio utilizzato – a essere in grado di “lanciare” e poi “guidare” una data moda<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> Per una più ampia panoramica sulla storia della seta si veda F. BATTISTINI, *L'industria della seta in Italia nell'età moderna*, Bologna, 2003.

<sup>11</sup> P. URBANI, *I vestiti nuovi del quasi granduca Cosimo III*, in *ZoneModa Journal*, 2018, pp. 107 ss.

<sup>12</sup> Sulla storia della seta si confronti L.E. MILLER, A. CABRERA LAFUENTE, C. ALLEN JOHNSTONE, *Seta. Fibre, tessuti e moda*, Torino, 2021.

<sup>13</sup> Per una attenta disamina, I. KANT, *Antropologia pragmatica*, tr. it. a cura di G. Vidari, Roma-Bari, 1969, pp. 134 ss.

<sup>14</sup> Cfr. A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, tr. it. a cura di A. Zanini, Roma, 1995, p. 83.

Un contributo fondamentale ci venne poi, in un secondo momento, da Georg Simmel, nel suo saggio *La moda*, nel quale affermò tra l'altro che la moda “è imitazione di un modello dato e appaga il bisogno di appoggio sociale [...]” e, infine, “appaga il bisogno di diversità, la tendenza alla differenziazione, al cambiamento, al distinguersi”<sup>15</sup>. Sono quindi due gli elementi che emergono dall'importante analisi di questo sociologo circa la moda come fenomeno sociale: da una parte, la tendenza all'imitazione e, dall'altra, l'indubbia voglia di differenziarsi dal gruppo<sup>16</sup>.

Simmel, evidenziò inoltre che questo modello imitativo posto in essere dalle persone, peraltro, può essere ricondotto a una sorta di limitazione del proprio “Io” con la sola finalità di rientrare nei rigidi canoni sociali imposti dal proprio gruppo di appartenenza; in questo senso, “il mondo interiore dell'individuo viene sottomesso a una moda e ripete così la forma del gruppo della moda” stessa<sup>17</sup>.

Dopo questa disamina, si potrebbe dunque affermare che la moda in generale rispecchia modelli, codici e costumi<sup>18</sup> che discendono da una data cultura, da una società, oppure ancora dalla religione ma, allo stesso tempo, permette, quasi incentiva, la possibilità per l'individuo di differenziarsi, mostrando quindi le sue preferenze estetiche e la sua personalità.

In riferimento a questo ultimo punto, appare interessante trattare, seppur brevemente, quanto sta emergendo in tema di moda e genere. Negli ultimi tempi, alcuni dei più importanti e noti *brand*<sup>19</sup> hanno deciso di assecondare le richieste e le preferenze provenienti da alcune fasce di consumatori. Il riferimento è al fenomeno del *gender fluid*, a cui i più giovani compratori della “generazione Z” appaiono molto

---

<sup>15</sup> Si veda GEORGE SIMMEL, *La moda*, tr. it. a cura di A.M. Curcio, Sesto San Giovanni, 2015, p. 19.

<sup>16</sup> Sul punto cfr. anche le considerazioni espresse da M. PEDRONI, *La moda come Lebensform nell'analisi di Georg Simmel*, in C. Corradi, D. Pacelli, A. Santambrogio (a cura di), *Simmel e la cultura moderna. Interpretare i fenomeni sociali*, Perugia, 2010, p. 1. Appare interessante inoltre menzionare la teoria dei meme, c.d. memetica. Per approfondire J. WEST, *The Selfish Meme: Dawkins, Peirce, Freud*, in *Semiotica*, 2020, pp. 199 ss.; F. NAVA LA CORTE, *Generación de un constructo de narrativa memética desde la incidencia sociodigital*, in *Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social Disertacione*, 2022, pp. 1 ss.

<sup>17</sup> Sul punto, GEORGE SIMMEL, *La moda*, cit., p. 55.

<sup>18</sup> In merito, appare interessante ricordare – da un punto di vista prettamente sociologico – quanto affermato dal noto filosofo e sociologo tedesco M. Weber in tema di “costume”, il quale infatti lo intende come “il caso di un atteggiamento tipicamente uniforme che viene mantenuto nel solco della tradizione semplicemente in base alla sua abitudine e imitazione, cioè il caso di un agire di massa [...]”. Cfr. R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche e problemi*, Torino, 2002, p. 148.

<sup>19</sup> Ad esempio, tra queste case di moda vi rientrano Gucci, Calvin Klein, Burberry e Bottega Veneta. Per una completa disamina sul punto, N. AKDEMIR, *Deconstruction of Gender Stereotypes Through Fashion*, in *European Journal of Social Science*, 2018.



sensibili<sup>20</sup>. Le più recenti statistiche<sup>21</sup> evidenziano che parte degli intervistati non si ritrovi in nessun genere e, da qui, la difficoltà di effettuare scelte d'acquisto vicine alla propria sfera intima, oppure ancora scelte che si distacchino totalmente dal genere attribuito loro dalla società di appartenenza.

In conclusione, se da un lato il mondo della moda rispecchia l'identità di un dato popolo e di una certa cultura<sup>22</sup> e, al contempo, è fonte di emulazione sociale, dall'altro, può essergli attribuita la capacità di differenziazione<sup>23</sup>, la quale permette alle persone di operare scelte d'acquisto in totale libertà, con la finalità per i consumatori di mostrare le proprie preferenze anche più recondite agli altri.

3. Alla luce di quanto sinora detto, va anche sottolineato come le giovani generazioni interpretino il fenomeno moda nel contesto attuale caratterizzato da una forte crisi ambientale e climatica, a cui dedicano grande attenzione.

Tale preoccupazione è peraltro stata fatta propria dalla comunità internazionale, e in particolare dall'Unione Europea, che ha adottato specifiche *policies* in tema di sostenibilità riguardanti il settore tessile. Si tratta di iniziative che intendono incentivare le imprese ad adottare comportamenti più *green*, venendo incontro allo stesso tempo alle richieste dei consumatori, ormai sempre più consci delle problematiche ambientali<sup>24</sup> e, nello specifico, dell'impatto che il settore moda ha sull'ambiente e sui lavoratori.

Tra le ragioni che rendono l'intera *supply chain* del settore moda poco sostenibile dal lato ambientale vi sono: la grande quantità d'acqua impiegata durante l'intera catena produttiva – ad esempio, per il trattamento dei tessuti e per il loro lavaggio –, l'utilizzo di sostanze chimiche come i pesticidi, il vasto consumo di suolo<sup>25</sup> – in riferimento, ovviamente, alle fibre di origine vegetale –, le emissioni di gas a

---

<sup>20</sup> Nello specifico vi rientrano i nati dal 1995 al 2010. Sono proprio questi giovani consumatori che risultano anche più attenti alle esigenze ambientali e, di conseguenza, cercano di operare scelte d'acquisto più sostenibili, sia dal lato sociale sia da quello ambientale. Cfr. Report intitolato *La sfida dei fashion brand tra sostenibilità e omnichannel* presentato durante il Fashion Summit del 2019 e organizzato da Pambianco e Deutsche Bank, reperibile al sito [www.eticanews.it](http://www.eticanews.it).

<sup>21</sup> [www.it.fashionnetwork.com](http://www.it.fashionnetwork.com).

<sup>22</sup> Cfr. B. POZZO, *Fashion between Inspiration and Appropriation*, in R.E. Cerchia, B. Pozzo (a cura di), *The New Frontiers of Fashion Law*, Basilea, 2020, p. 2.

<sup>23</sup> Si veda M.C. REALE, *Digital Market, Bloggers, and Trendsetters: The New World of Advertising Law*, in *Laws*, 2019, p. 3.

<sup>24</sup> V. JACOMETTI, *Diritto e moda sostenibile tra iniziative legislative e iniziative volontarie*, in B. Pozzo, V. Jacometti (a cura di), *Fashion Law. Le problematiche giuridiche della filiera della moda*, Milano, 2016, p. 342.

<sup>25</sup> Si consulti il report dell'Agenzia Europea dell'Ambiente pubblicato a febbraio 2022. Agenzia Europea dell'Ambiente, *Textiles and the environment: the role of design in Europe's circular economy*, Copenhagen, 2022.

effetto serra<sup>26</sup> – potenzialmente dannose anche per le persone – e, infine, le tonnellate di materiali di scarto prodotte ogni anno<sup>27</sup>.

Anche sotto il profilo sociale, tale comparto industriale non risulta essere sostenibile. Fatti di cronaca drammatici hanno riportato alla ribalta il problema dei diritti dei lavoratori di rado rispettati, soprattutto in alcuni paesi asiatici<sup>28</sup>, oppure ancora alle carenti tutele sindacali. È stato inoltre messo in luce come gli operai (e forse soprattutto le operaie) ricevano un salario non congruo alle ore di lavoro svolte<sup>29</sup>, alle ore di straordinario pressoché imposte e, talvolta, non retribuite, all’assenza di adeguate pause durante l’intera giornata lavorativa, oppure ancora alla poca sicurezza e alla carenza di igiene sul posto di lavoro a cui queste persone sono costantemente sottoposte. È facile e comodo pensare che quanto sopra affermato si verifichi solamente in determinati paesi, dimenticando però che violazioni simili si possono riscontrare anche all’interno del territorio europeo. Infatti, alcuni stati soprattutto dell’est Europa, come Macedonia, Romania e Bulgaria, sembrano essere perfette mete di sfruttamento dei lavoratori nel comparto tessile: i dati statistici, ad esempio, mostrano che una lavoratrice rumena percepisce circa duemila euro l’anno, mentre lo stipendio medio di una macedone si aggira sui centocinquanta o duecento euro al mese<sup>30</sup>.

Inoltre, lo sfruttamento degli operai tessili può derivare, tra le molte cause, dalla nascita e dal conseguente sviluppo del *fast fashion*. Questo fenomeno, sviluppatosi negli ultimi decenni, consiste, da un lato, nella volontà dei *brand* di creare e produrre sempre più velocemente diversi capi di abbigliamento, rigorosamente a basso prezzo e appetibili esteticamente<sup>31</sup> per i clienti e, dall’altro, nell’incentivare gli stessi

<sup>26</sup> M.K. BREWER, *Slow Fashion in a Fast Fashion World: Promoting Sustainability and Responsibility*, in *Laws*, 2019, p. 2.

<sup>27</sup> Si pensi, per esempio, che nel Regno Unito ogni anno le tonnellate di capi di abbigliamento o, in generale, di prodotti tessili gettati e, quindi, non riutilizzati sono circa due milioni. Cfr. P. CRANG, K. BRICKELL, et al., *Discardscapes of fashion: commodity biography, patch geographies, and preconsumer garment waste in Cambodia*, in *Social & Cultural Geography*, 2022, p. 543.

<sup>28</sup> Il ricordo va al drammatico crollo del Rana Plaza, avvenuto in Bangladesh nel 2013, dove ci furono più di mille vittime, le quali impiegavano la propria manodopera nella produzione di capi di abbigliamento di diversi *brand*. Si veda R.E. CERCHIA, *The Ethical Consumer and Codes of Ethics in the Fashion Industry*, in *Laws*, 2019, p. 1. Questo evento ebbe un clamore internazionale, venendo ripreso da innumerevoli testate giornalistiche, tra cui il New York Times. Cfr. V. BAJAJ, *Bangladesh Fire Kills More Than 100 and Injures Many*, in “The New York Times”, reperibile al sito [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com).

<sup>29</sup> Sono proprio le donne a costituire la maggioranza della forza lavoro nel settore tessile. Cfr. International Labour Organization-International Finance Corporation, *Progress and Potential: How Better Work is improving garment worker’s lives and boosting factory competitiveness. A summary of an independent assessment of the Better Work programme*, ILO, Ginevra, 2016.

<sup>30</sup> Sullo sfruttamento dei lavoratori del mondo moda, cfr. C. BONFIGLIOLI, *Il lato oscuro del Made in Europe. Industria della moda e sfruttamento*, in *Il Mulino*, 2014, pp. 987 ss.

<sup>31</sup> G.P. CACHON, R. SWINNEY, *The Value of Fast Fashion: Quick Response, Enhanced Design, and Strategic Consumer Behavior*, in *Management Science*, 2011, pp. 778 ss.

consumatori ad acquistare costantemente nuovi indumenti che, a fine di ogni stagione, vengono poi scartati.

In questo contesto, come già anticipato, si sono moltiplicate le iniziative europee in tema di *fashion sustainability*.

In particolare, la Commissione europea, attenta alle esigenze ambientali e riconoscendo l'importante ruolo che può avere l'industria della moda nel raggiungimento degli obiettivi di neutralità climatica<sup>32</sup>, ha adottato nel 2022 la Strategia dell'UE per i prodotti tessili sostenibili e circolari<sup>33</sup>. Questa iniziativa, oltre a prevedere alcuni interventi in merito all'ambientalismo di facciata<sup>34</sup>, il c.d. *greenwashing*<sup>35</sup>, ha predisposto una serie di obiettivi per le aziende produttrici di capi di abbigliamento. Tra i più rilevanti vi è la volontà di incentivare il mondo tessile a produrre abiti che abbiano un ciclo di vita il più lungo possibile, allo stesso tempo incrementando quei servizi di riparazione dei capi di abbigliamento affinché possano essere riutilizzati con la finalità di evitare l'incessante produzione di scarti, con l'obiettivo ultimo di riciclarli. La Commissione intende quindi aumentare la competitività economica e sostenibile del settore attraverso la creazione di percorsi legati alla transizione tessile offrendo ai consumatori dei prodotti durevoli nel tempo che, però, siano venduti a prezzi accessibili.

Tale iniziativa si pone nella scia del precedente Piano d'azione per l'economia circolare intitolato Per un'Europa più pulita e più competitiva. Al fine di arginare il progressivo sviluppo del *fast fashion*, il documento aveva previsto tra le altre anche una serie di misure per il settore in commento. Tra i più importanti obiettivi vi erano quello di incrementare lo sviluppo di modelli di progettazione compatibili

---

<sup>32</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 11 dicembre 2019, *Il Green Deal europeo*, COM(2019)640 finale.

<sup>33</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, e al Comitato delle Regioni, 30 marzo 2022, *Strategia dell'UE per prodotti tessili sostenibili e circolari*, COM(2022)141 finale.

<sup>34</sup> Il fenomeno può essere inquadrato, ovviamente, come pubblicità ingannevole e di conseguenza vietato dall'art. 12 del d. lgs. n. 145 del 2007 e, nel caso più specifico ovvero di comunicazione ingannevole circa questioni ambientali, deve essere richiamato l'art. 12 del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale elaborato dallo LAP. Cfr. Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, *Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale*, reperibile al sito [www.iap.it](http://www.iap.it). Per una completa disamina in merito all'autodisciplina nel settore della comunicazione commerciale si veda M.C. REALE, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia. Teoria e prassi di un sistema normativo semiautonoma*, Milano, 2022.

<sup>35</sup> Per una più ampia panoramica sul fenomeno in analisi, M.A. DELMAS, V. CUEREL BURBANO, *The Drivers of Greenwashing*, in *California Management Review*, 2011; H.C.B. LEE, J.M. CRUZ, R. SHANKAR, *Corporate Social Responsibility (CSR) Issues in Supply Chain Competition: Should Greenwashing Be Regulated?*, in *Decision Sciences*, 2018; F. PALAZZINI, "Greenwashing" nelle comunicazioni pubblicitarie e la rilevanza come atto di concorrenza sleale, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2021.

con le istanze ambientali, ovvero ecocompatibili<sup>36</sup>, di impiegare per la produzione tessile materie prime secondarie, di prevedere incentivi economici per le aziende che avessero attuato la *circular economy*<sup>37</sup>, di favorire servizi di riparazione, nonché quello di aumentare la raccolta differenziata dei rifiuti e, per concludere, dare concreta applicazione alla responsabilità estesa del produttore<sup>38</sup>.

4. Per poter affrontare con maggiore contezza quanto seguirà, è necessario circostanziare l'origine del concetto di responsabilità estesa del produttore (*Extended Producer Responsibility*, di seguito *EPR*).

Il termine iniziò a diffondersi negli anni Novanta grazie all'accademico svedese Thomas Lindhqvist, il quale già in un suo report del 1992 lo descriveva come la responsabilità dei produttori per l'intero ciclo di vita dei loro prodotti, ponendo particolare attenzione alla fase di smaltimento<sup>39</sup>.

Tra le diverse definizioni sul tema, deve essere anche ricordata quella fornita dall'OCSE, come “*an environmental policy approach in which a producer's responsibility for a product is extended to the post-consumer stage of a product's life cycle*”<sup>40</sup>. Secondo questa impostazione le caratteristiche intrinseche dell'*EPR* sarebbero: da un lato, il radicale spostamento della responsabilità in capo ai produttori e, dall'altro lato, l'introduzione di incentivi economico-finanziari per tutte quelle aziende che producono tenendo in ampia considerazione le criticità ambientali.

Appare ormai chiaro che l'*EPR* non può riassumersi solamente nelle sopraccitate definizioni, in quanto consta di una serie di operazioni, scelte e, anzitutto, obblighi informativi, amministrativi, finanziari

---

<sup>36</sup> Per esempio, limitando l'utilizzo di sostanze chimiche dannose o potenzialmente dannose sia per l'uomo che per l'ambiente.

<sup>37</sup> Il termine indica il “*valore dei prodotti, dei materiali e delle risorse è mantenuto quanto più a lungo possibile e la produzione di rifiuti è ridotta al minimo*”. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 2 dicembre 2015, *L'anello mancante-Piano d'azione dell'Unione Europea per l'economia circolare*, COM(2015)614 finale.

<sup>38</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, 11 marzo 2020, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare: per un'Europa più pulita e più competitiva*, COM(2020)98 finale.

<sup>39</sup> Cfr. T. LINDHQUIST, *Extended Producer Responsibility as a Strategy to Promote Cleaner Products*, Lund: Department of Industrial Environmental Economics, Lund University, 1992.

<sup>40</sup> Per approfondire si consulti il sito OCSE, [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

ed economici<sup>41</sup> di competenza dei produttori stessi, col fine di riportare all'interno della catena produttiva quanto viene da loro prodotto<sup>42</sup>.

Da ultimo, si potrebbe dunque affermare che uno degli scopi fondamentali di questa nuova responsabilità imprenditoriale può ravvisarsi proprio nel limitare la crescente quantità di rifiuti<sup>43</sup>, considerando evidentemente anche gli scarti provenienti dal mondo della moda. In questo senso, l'EPR potrebbe essere assunta come una pratica manageriale col fine ultimo di tutelare l'ambiente.

L'EPR ha, comunque, una sua storia e una sua evoluzione all'interno della disciplina sviluppata dalle istituzioni europee sul tema.

Infatti, già negli anni '70, con la Direttiva 75/442/CEE in materia di rifiuti oltre a confermare il principio di "chi inquina paga" come uno dei principi fondamentali delle politiche ambientali, si chiariva chi fosse il soggetto responsabile dello smaltimento dei rifiuti stessi, che avrebbe altresì dovuto sostenere i relativi costi: "il costo dello smaltimento dei rifiuti [...] deve essere sostenuto dal detentore che consegna i rifiuti ad un raccogliitore o ad una impresa di cui all'articolo 8" oppure "e/o dai precedenti detentori o dal produttore del prodotto causa dei rifiuti"<sup>44</sup>.

Molti anni più tardi, con la Direttiva quadro 2008/98/CEE che stabiliva il nuovo quadro giuridico per il trattamento dei rifiuti la Commissione, oltre a prevedere una gerarchia degli stessi (prevenzione, riutilizzo, riciclaggio e, ovviamente, smaltimento) ha ripreso il tema dell'EPR, invitando gli stati membri ad adottare misure legislative cogenti oppure di *soft law* al fine di limitare la produzione dei rifiuti e sviluppare il riciclo e il riutilizzo degli stessi. Inoltre, la Direttiva del 2008 attribuiva al produttore la responsabilità dell'intero ciclo di vita del prodotto<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> In merito, significa che i produttori versano un importo, per esempio al consorzio appositamente costituito (v. nota 44), il quale avrà il compito di far fronte alla raccolta e al trattamento dei rifiuti. In altre parole, i produttori si assumono la responsabilità anche finanziaria che il proprio bene immesso sul mercato, qualora non più utilizzato e quindi gettato, sia smaltito in maniera corretta. Nel caso in cui, invece, i produttori non si organizzino in consorzi i costi inerenti alla gestione dei rifiuti saranno sostenuti individualmente.

<sup>42</sup> R.J. LIFSET, *Take it Back: Extended Producer Responsibility as a Form of Incentive-based Environmental Policy*, in *The Journal of Resource Management and Technology*, 1993, pp. 163 ss.

<sup>43</sup> Sul tema, si veda K. STEENMANS, R. MALCOLM, J. MARRIOTT, *Commodification of Waste: Legal and Theoretical Approaches to Industrial Symbiosis as Part of a Circular Economy*, in *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2017.

<sup>44</sup> Direttiva 75/442/CEE del Consiglio, 15 luglio 1975, *relativa ai rifiuti*, G.U. L 194/47.

<sup>45</sup> Cfr. Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 19 novembre 2008, *relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive*, G.U. L 312/3.

Non da ultimo, con l'obiettivo di dare concreta applicazione alle azioni e ai comportamenti imprenditoriali a tutela dell'ambiente e affrontare con ancora più incisività il tema dei rifiuti, la Commissione ha adottato la Direttiva 2018/851<sup>46</sup> che ha dettato precise indicazioni in merito all'EPR<sup>47</sup>. Secondo il nuovo art. 8 della Direttiva la responsabilità estesa del produttore può riassumersi in un insieme di misure che i paesi debbono adottare al fine di attribuire ai produttori una nuova forma di responsabilità collettiva<sup>48</sup> o individuale – tanto finanziaria che organizzativa – circa la vita di un loro prodotto venduto sul mercato<sup>49</sup>.

Occorre però ricordare come tali *policies* europee hanno riguardato soprattutto alcuni settori industriali diversi da quello tessile e in particolare il settore degli imballaggi, dei rifiuti di pile, oppure ancora del comparto degli elettrodomestici.

È solo con la Strategia dell'UE per i prodotti tessili sostenibili e circolari, adottata nel 2022, che la Commissione ha deciso di intraprendere alcune misure in tema di EPR e abbigliamento. In merito, al punto 2.6 intitolato Responsabilità estesa del produttore e promozione del riutilizzo e del riciclaggio dei rifiuti tessili, vengono enunciate diverse iniziative che verranno adottate negli anni futuri come, ad esempio, la volontà della Commissione di armonizzare le norme europee in tema di EPR in riferimento al comparto moda, in prospettiva della futura revisione della Direttiva quadro sui rifiuti; iniziative già calendarizzate per il 2023. Questo punto risulta piuttosto importante, in quanto può essere considerato un tassello fondamentale per quanto concerne l'obbligo dal primo gennaio 2025 di raccolta differenziata per i capi di abbigliamento e in generale per i tessuti<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Direttiva 2018/851 del Parlamento Europeo e del Consiglio, 30 maggio 2018, *che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti*, G.U. L 150/109.

<sup>47</sup> Si veda P. AZZURRO, D. BERARDI, et al., *La responsabilità estesa del produttore (EPR): una riforma per favorire prevenzione e riciclo*, in *Laboratorio SPL Collana Ambiente*, Ref.ricerche, 2019.

<sup>48</sup> Come in precedenza accennato, i singoli produttori possono decidere di affidare la gestione dei propri rifiuti derivanti dai loro prodotti ad altre organizzazioni, enti e/o società. Avviene, sovente, che i produttori si rivolgano ai consorzi, oppure ancora che li creino loro stessi, dando quindi origine alla *Producer Responsibility Organisation*, c.d. PRO. I consorzi, quindi, a fronte di un corrispettivo garantiscono che i propri membri adempiano agli obblighi imposti dalle normative EPR.

<sup>49</sup> V. JACOMETTI, *Circular Economy and Waste in the Fashion Industry*, in R.E. Cerchia, B. Pozzo (a cura di), *The New Frontiers of Fashion Law*, cit., p. 66.

<sup>50</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, e al Comitato delle Regioni, 30 marzo 2022, *Strategia dell'UE per prodotti tessili sostenibili e circolari*, COM(2022)141 finale.

4.1. Nel panorama europeo, la maggior parte degli stati non ha ancora provveduto a emanare nel concreto disposizioni circa la responsabilità estesa del produttore nel mondo del tessile e del *fashion*. L'Italia come altri stati membri, non è stata finora in grado di concretizzare appieno quanto previsto dalle recenti *policies* europee in tema di rifiuti, *EPR* e moda sostenibile.

Tuttavia, nel giugno del 2022, l'Italia ha adottato la propria Strategia nazionale per l'economia circolare, prevedendo specifiche misure volte a promuovere uno sviluppo economico e sociale particolarmente attento alle esigenze ambientali. I temi trattati nel piano analizzato sono diversi, tra cui la digitalizzazione, l'ecodesign, lo smaltimento dei rifiuti, il riutilizzo e la riparazione e, infine, la responsabilità del produttore anche per il settore abbigliamento.

Questa Strategia chiarisce che, al fine di rendere il comparto tessile più *green*, debba essere predisposta una specifica disciplina circa le diverse modalità di prevenzione, riciclo, riutilizzo e recupero di tutti i materiali tessili e, al contempo, per concretizzare i benefici legati l'*EPR*, si debba intervenire, attraverso operazioni di potenziamento, sugli impianti che fungono da centri per il trattamento degli scarti. Non solo, le imprese saranno invitate, ove possibile, a inserire nuovamente nel proprio ciclo produttivo i materiali di scarto: obiettivo raggiungibile solamente tramite l'adozione di una strategia che sappia indicare alle aziende stesse i requisiti e gli eventuali criteri da seguire. Lo stesso piano tange, in aggiunta, il tema della comunicazione; infatti, *“Un efficiente regime di EPR dovrà garantire anche una congrua informazione agli utilizzatori dei prodotti e ai detentori di rifiuti sulle misure di prevenzione, tramite riutilizzo e riparazione, nonché su quelle volte ad incentivare il corretto conferimento dei rifiuti medesimi in sistemi di raccolta differenziata”*<sup>51</sup>.

Nonostante la Direttiva 2018/851 sia stata recepita con il d. lgs. 116 del 2020<sup>52</sup>, e sebbene il paese si sia dotato di questa Strategia, il tema dell'*EPR*<sup>53</sup>, collegato alla sostenibilità del settore tessile, viene trattato solamente in termini programmatici in quanto – ancora oggi – non sono stati emanati i relativi decreti attuativi da parte del competente ministero<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Ministero della Transizione Ecologica, *Strategia nazionale per l'economia circolare*, Roma, 2022, p. 52.

<sup>52</sup> Tale normativa recepisce, inoltre, la Direttiva 2018/852. Cfr. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, *Decreto Legislativo 3 settembre 2020, n. 116, Attuazione della direttiva (UE) 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e attuazione della direttiva (UE) 2018/852 che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio*.

<sup>53</sup> In generale, è lo stesso decreto legislativo del 2020 che, introducendo l'art. 178 *ter* all'interno del decreto legislativo n. 152 del 2006, chiarisce i requisiti minimi in materia di responsabilità estesa del produttore.

<sup>54</sup> Si consulti il sito del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, in particolare il cronoprogramma per l'attuazione delle misure previste dalla Strategia nazionale per l'economia circolare.

Per fortuna l'Italia gode invece di un primato europeo – non indifferente – in merito alla raccolta differenziata dei tessuti, anticipando di qualche anno quanto previsto dalla Direttiva 2018/851. Sul punto, come disposto dal riformulato articolo 205, sesto comma quater del d. lgs. 152 del 2006, “*La raccolta differenziata è effettuata almeno per la carta, i metalli, la plastica, il vetro, ove possibile per il legno, nonché per i tessili*”<sup>55</sup> e tale compito è affidato, anzitutto, ai comuni.

L'unico stato ad aver finora attuato l'EPR per l'abbigliamento, la biancheria e le scarpe è la Francia che, già dal 2007, ha inserito alcuni principi nel *Code de l'Environnement* con cui obbliga gli imprenditori del mondo del *fashion* a contribuire e/o a provvedere al riciclaggio e al trattamento dei rifiuti tessili da loro prodotti.

L'articolo L. 541-10 del *Code de l'environnement* definisce il sistema EPR in termini generali; esso sancisce che il produttore, ovvero qualsiasi persona fisica o giuridica, che fabbrica, sviluppa, tratta, commercializza o importa un qualche prodotto o bene che genera a sua volta rifiuti, può essere tenuto a provvedere o contribuire all'eventuale smaltimento dei rifiuti stessi. Non da ultimo, si invitano i produttori ad adottare tecniche e metodi di produzioni ecocompatibili, anzitutto allungando il più possibile la durata della vita dei beni venduti sul mercato, sviluppando sistemi di riparazione, riutilizzo e riciclaggio e, per concludere, incrementando meccanismi di raccolta degli scarti e dei rifiuti. Infine, viene menzionato anche il tema dei sistemi di responsabilità collettivi, ove i produttori hanno la facoltà di istituire delle eco-organizzazioni con lo scopo di adempiere agli obblighi imposti dalla normativa EPR, versando di conseguenza un corrispettivo finanziario<sup>56</sup>.

Per quanto attiene all'EPR e il settore moda, merita di essere analizzato quanto disposto dall'articolo L. 541-10-3 del *Code de l'environnement*, che ha stabilito l'obbligo per tutti i produttori e distributori di indumenti tessili – quindi, calzature, abbigliamento e biancheria in generale – di partecipare e/o provvedere al riciclaggio oppure allo smaltimento di quanto da loro prodotto<sup>57</sup>. La disposizione in commento attribuisce la facoltà ai produttori di adempiere agli obblighi legali individualmente – quindi creando dei singoli programmi di raccolta, previa autorizzazione delle competenti autorità – oppure versando una somma di denaro al consorzio accreditato<sup>58</sup>. A tal proposito, ogni anno i membri di queste

---

<sup>55</sup> La norma è stata inserita dall'art. 2, comma 3, del D. Lgs. 3 settembre 2020, n. 106.

<sup>56</sup> Per una disamina più approfondita si consulti l'intero articolo al sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>57</sup> Si veda V. JACOMETTI, *Circular Economy and Waste in the Fashion Industry*, in *Laws*, 2019, p. 11.

<sup>58</sup> Su cui *supra*, nota 42 e 47. Le modalità di organizzazione di questi consorzi, conosciuti anche come eco-organizzazioni, nonché talune indicazioni circa il riciclaggio dei prodotti tessili sono previste dal decreto n. 2008-602 del 25 giugno 2008. République Française, Légifrance, *Décret n° 2008-602 du 25 juin 2008 relatif au recyclage et au traitement des déchets issus des produits*



organizzazioni collettive partecipano alla gestione e quindi alla raccolta dei rifiuti generati dai loro prodotti pagando un contributo che viene calcolato in base a quanto già sostenuto l'anno precedente. In particolare, le tariffe vengono quantificate in base al numero di unità di beni tessili venduti sul mercato, considerando le dimensioni di questi e, altresì, suddividendo sia l'abbigliamento in quattro diverse taglie – xs, s, m e l – sia le calzature in piccole e medie<sup>59</sup>. In merito, le tariffe partono da 0,1 centesimo sino a raggiungere i 2 euro<sup>60</sup>, con una media, però, per ogni singolo articolo di 0,5 centesimi<sup>61</sup>.

Dall'analisi delle aziende tessili francesi emerge che la maggior parte, ossia il 93%, ha deciso di riunirsi in un'unica organizzazione dal nome *Eco Tcl*, conosciuta anche come *Re\_Fashion*<sup>62</sup>, al fine di conformarsi con quanto previsto dalla normativa *EPR*, ovvero di prevenire e gestire gli scarti derivanti dai propri prodotti tessili.

Non da ultimo, la normativa vigente prevede anche dei premi: i produttori che danno prova di aver utilizzato tecniche e modelli sostenibili, per esempio impiegando tessuti riciclati<sup>63</sup>, potranno divenire beneficiari di uno sconto variabile dal 25% al 50% qualora dimostrino di produrre abbigliamento composto da fibre e tessuti riciclati.

Successivamente, la Francia ha adottato alcune *policies* che possono essere definite lungimiranti, se confrontate con quelle di altri stati europei. Sul punto, nel 2020 il Parlamento ha approvato la legge *contre le gaspillage et à l'économie circulaire*<sup>64</sup> con l'obiettivo di modificare il modello di economia attuale,

---

*textiles d'habillement, des chaussures ou du linge de maison neufs destinés aux ménages*, rintracciabile al sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>59</sup> A. BUCKHARI, R. CARRASCO-GALLEGU, E. PONCE-CUETO, *Developing a national programme for textiles and clothing recovery*, in *Waste Management & Research*, 2018, p. 324.

<sup>60</sup> S. GAMBÌ, *La responsabilità estesa del produttore per il settore moda: lo spreco si combatte per legge*, in *Solo Moda Sostenibile*, 2020. [www.solomodasostenibile.it](http://www.solomodasostenibile.it)

<sup>61</sup> D. PALM, M. ELANDER, D. WATSON, et al., *Towards a Nordic textile strategy: collection, sorting, reuse and recycling of textiles*, Copenhagen, 2014, p. 91.

<sup>62</sup> Per approfondire [www.refashion.fr](http://www.refashion.fr).

<sup>63</sup> L'art. in analisi così recita: “*Les contributions financières versées par les producteurs qui remplissent collectivement les obligations mentionnées à l'article L. 541-10 sont modulées, lorsque cela est possible au regard des meilleures techniques disponibles, pour chaque produit ou groupe de produits similaires, en fonction de critères de performance environnementale, parmi lesquels la quantité de matière utilisée, l'incorporation de matière recyclée, l'emploi de ressources renouvelables gérées durablement, la durabilité, la réparabilité, les possibilités de réemploi ou de réutilisation, la recyclabilité, la visée publicitaire ou promotionnelle du produit, l'absence d'écotoxicité et la présence de substances dangereuses telles que définies par le décret prévu à l'article L. 541-9-1, en particulier lorsque celles-ci sont susceptibles de limiter la recyclabilité ou l'incorporation de matières recyclées*”. Cfr. République Française, Légifrance, *Code de l'environnement, article L. 541-10-3*, rintracciabile al sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>64</sup> Il termine indica una economia in *loop*, ossia quel modello produttivo che tende a creare beni durevoli nel tempo, quindi che siano poi riportati all'interno del ciclo produttivo allorquando non più utilizzati. Cfr. S. GIORGI, M. LAVAGNA, A. CAMPIOLI, *Economia circolare, gestione dei rifiuti e life cycle thinking: fondamenti, interpretazioni e analisi dello stato dell'arte*, in *Ingegneria dell'Ambiente*, 2017, p. 265.

incentivando modelli di produzione e consumo volti a ridurre gli sprechi, in modo tale da perseguire uno sviluppo sociale e ambientale sostenibile. Questa normativa – oltre ad aver fissato nuovi obiettivi, ad esempio limiti temporali per eliminare l'utilizzo della plastica monouso – ha disposto obblighi informativi rivolti ai consumatori circa le caratteristiche ambientali dei prodotti e, infine, ha preso in analisi anche il tema dell'*EPR* disponendo il vincolo per i produttori di redigere dei piani quinquennali per la progettazione ecocompatibile dei propri prodotti affinché possano immettere sul mercato beni sempre più sostenibili<sup>65</sup>.

5. Il comparto *fashion* appare essere uno dei settori trainanti per alcune economie mondiali – nonostante le perdite subite dalla pandemia da *Covid-19* –. Tuttavia, la sua catena di produzione non può essere considerata sostenibile, sia dal lato sociale sia da quello ambientale.

La moda, intesa soprattutto come fenomeno sociale e, quindi, di massa, ha sviluppato un sistema produttivo sempre più veloce e insostenibile, dando origine a quel fenomeno di *fast fashion*, ormai criticato da più parti.

Sotto il profilo comparatistico dall'analisi emerge che il modello giuridico più attento a uno sviluppo *green* del comparto moda e, più in generale, dell'industria tessile sia proprio quello francese.

Ciò non dovrebbe stupire alla luce dell'importanza di questo settore per l'economia del paese appena citato. Il nostro legislatore potrebbe ben prendere spunto da questo modello al fine anche di adottare i decreti relativi all'*EPR* nel settore *fashion*, dando quindi luogo ad un *legal transplant* virtuoso in questo ambito. Solo così, la responsabilità estesa del produttore potrebbe divenire un efficace<sup>66</sup> fattore chiave per una moda sostenibile.

---

<sup>65</sup> République Française, Légifrance, *Loi n. 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*. Reperibile al sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>66</sup> Sul punto, e in generale sull'efficacia, si consulti V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari; ID, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari, 2010.

## Diritto, moda e nuove tecnologie: chi risponde dei danni ambientali prodotti all'estero?

VALENTINA ZAMPAGLIONE

Assegnista di ricerca in diritto privato, Università degli Studi di Napoli Federico II, Ph.d.

Il saggio mette in luce lo stretto legame che intercorre tra il diritto, la moda e le nuove tecnologie, precisando il ruolo che ciascuno di questi fattori ricopre nell'ambito della delicata problematica del degrado ambientale derivante dall'uso distorto del modello di società multinazionale.

Il tema approfondito si lascia apprezzare per le recenti novità registrate nella politica ambientale internazionale e nella legislazione comunitaria sulla responsabilità sociale d'impresa e sulle intelligenze artificiali.

The essay highlights the link between law, fashion and new technologies, specifying the role that each of these factors plays in the matter of environmental degradation, caused by the abuse of the multinational company model. The in-depth topic can be appreciated for the recent innovations recorded in international environmental policy and in EU legislation on corporate social responsibility and artificial intelligence.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'uso distorto dello schema delle imprese multinazionali e i primi tentativi di responsabilizzazione delle attività. – 3. Un modello virtuoso: la *loi* francese n. 2017-399. – 4. La disciplina italiana. – 5. L'intervento del legislatore comunitario: le direttive *Corporate responsibility due diligence* e *Corporate sustainability Reporting* (CSRD).

1. La forte concorrenza che governa il mercato globale, sempre più informatizzato, ha costretto molte imprese, soprattutto del comparto tessile, a spostare la propria attività all'estero, dove i costi di produzione sono più bassi, anche per le minori restrizioni poste a tutela dell'ambiente. Ma chi risponde dei danni ambientali prodotti all'estero dalle affiliate? Sulla spinta del vigoroso movimento di opinione fortemente sostenuto dall'Onu e dall'Oecd e sull'esempio dalla *loi* francese n. 2017-399, la Commissione europea ha adottato il 23 febbraio 2022 la proposta di direttiva *Corporate responsibility due diligence* e il 21 aprile 2021 la proposta di direttiva *Corporate sustainability Reporting* (CSRD) con cui, in linea con la politica del *green deal* europeo, ha manifestato la sua apertura al riconoscimento della responsabilità d'impresa, già anticipata a livello giurisprudenziale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il riferimento è alla sentenza del 26 maggio 2021 del Tribunale distrettuale dell'Aia, sezione commercio e imprese, relativa al caso *Four Nigerian Farmers and Milieudéfensie v. Shell* in cui si è discusso della delicata questione sorta sull'addebitabilità alla capogruppo della responsabilità per i danni causati all'estero dalle società da essa controllate. In particolare, alcuni cittadini nigeriani e la *Milieudéfensie*, un'associazione ambientalista olandese, avevano citato in giudizio, davanti al tribunale dell'AIA, la controllata *Shell Petroleum Development Company of Nigeria* e la capogruppo *Royal Dutch Shell*, affinché fossero entrambe condannate alla bonifica dei luoghi ed al risarcimento dei danni che avevano causato con lo sversamento nel suolo e nelle acque di un'ingente quantità di petrolio. Nelle pronunce che ne sono seguite, è stato affermato per la prima volta il principio per cui è possibile convenire la società capogruppo di fronte al suo giudice nazionale, per i danni ambientali verificatisi all'

2. Il fenomeno d'interconnessione ed interdipendenza tra Stati, meglio noto come globalizzazione<sup>2</sup>, ha avuto l'effetto, tra gli altri, di ridisegnare l'assetto dei mercati: si è passati da una pluralità di economie nazionali ad un'unica economia mondiale, retta da principi neo-liberisti. Ad agevolare l'integrazione dei mercati è stata l'istituzione della WTO<sup>3</sup> e la liberalizzazione degli scambi che ne è seguita<sup>4</sup>.

In tale contesto si è affermata la pratica delle imprese multinazionali<sup>5</sup>, che se da una parte ha favorito la crescita economica delle nazioni, in particolare di quelle meno sviluppate; dall'altra, ha avuto l'effetto di americanizzare il mondo<sup>6</sup>, di diffondere la strategia capitalista<sup>7</sup> e, a volte, anche di destabilizzare le istituzioni statali.<sup>8</sup>

Attraverso lo schema delle imprese multinazionali è possibile dislocare le attività laddove è più conveniente, non solo in termini di costi. Molto spesso la scelta è studiata per andare esenti da responsabilità, ad esempio, per la violazione del diritto della concorrenza, per la corruzione di ufficiali stranieri o anche per la deturpazione dell'ambiente. Infatti, questo schema consente di invocare la giurisdizione delle corti dei Paesi ospitanti, agevolandosi per l'applicazione di norme più favorevoli<sup>9</sup>.

---

estero a causa dell'attività della controllata. Inoltre, l'autorità adita ha riconosciuto la legittimazione ad agire dell'associazione ambientalista per la tutela dell'interesse di uso alla protezione dell'ambiente. Tuttavia, è da precisare che la Corte d'appello dell'Aia (*Gerechtsbof*) con la pronuncia del 29 gennaio 2021, non ha ricollegato la responsabilità della capogruppo alla posizione di autorità e di controllo da essa ricoperta, ma alle specifiche azioni poste in essere e dunque al coinvolgimento attivo della stessa. Inoltre, bisogna rilevare che le conclusioni dei giudici sono fondate sul diritto nigeriano ed in particolare sulle disposizioni che regolano la posizione dei titolari delle licenze estrattive e su fatti specifici. Pertanto, non è da escludere che in futuro casi simili, in ordinamenti diversi, saranno considerati in maniera diversa. Interessante è anche il caso *Notre Affaire à Tous e altri v. Total* attualmente pendente in Francia. L'azione sollevata nel 2019 è volta a fare dichiarare la responsabilità della petrolifera per la violazione dell'art. L. 225-102-4-I del *code de commerce* non avendo la stessa segnalato adeguatamente i rischi climatici assoggettati alle sue attività e non avendo adottato misure per mitigare tali rischi in linea con gli accordi di Parigi del 2015. A sostegno delle attrici, il 21 luglio 2022, è intervenuta (*volontaire accessoire*) la città di New York per il notevole interesse ad impegnarsi negli sforzi per mitigare il cambiamento climatico, anche per i gravi danni e i rischi che questo fenomeno provoca alla città. Per un commento v.: E. NAPOLETANO, S. SPINELLI, *Il caso Royal Dutch Shell. La Corte olandese impone il taglio del 45% delle emissioni di CO2 al 2030: abuso di diritto o rispetto degli accordi internazionali?*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2021, pp. 7-8. Per un quadro generale sulle azioni da *climate change litigation* v.: V. ZAMPAGLIONE, *L'accesso alle informazioni ambientali e le prime azioni per danno da cambiamento climatico. Esperienze a confronto*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 3/2022, p. 1.

<sup>2</sup> Il fenomeno della globalizzazione ha avuto inizio nel XIX sec. con la crescita del commercio internazionale e delle comunicazioni, seguita dalle rivoluzioni industriali e scientifiche. Sul punto v.: KISS ET AL., *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, in *The Hague*, 2003, p. 3. Con l'introduzione della *World Trade Organization* (WTO), in applicazione degli accordi di Marrakech del 1994, si è tornato molto a parlare di globalizzazione. PERONI, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell'accordo WTO e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, Milano, 2005, p. 32.

<sup>3</sup> Sulla WTO anche per la vasta bibliografia di riferimento mi si consenta di rinviare a PERONI, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell'accordo WTO e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, Milano, 2005, p. 32.

<sup>4</sup> MUCHLINSKI, *Globalisation and Legal Research*, in *International Lawyer* 2003, p. 221.

<sup>5</sup> Secondo uno studio condotto dall'*United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) circa la metà delle prime cento potenze economiche mondiali è costituito proprio da tale tipo di imprese. Sul punto si v.: [www.unctad.org/templates/page.asp?int.temID=1465](http://www.unctad.org/templates/page.asp?int.temID=1465).

<sup>6</sup> MATTEI, *A Theory of Imperial Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2003, p. 383., SUR, *The State Between Fragmentation and Globalization*, in *European Journal of International Law*, 1997, p. 421.

<sup>7</sup> V. BECK, *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt am Main, 1999, p. 14; MARTIN-SCHUMANN, *Die Globalisierungsfalle. Der Angriff auf Demokratie und Wohlstand*, Hamburg, 1996, p. 193.

<sup>8</sup> In questo senso MATHEWS, *Power Shift*, in *Foreign Affairs* 1997, p. 50; LUHMANN, *Der Staat des politischen Systems*, in BECK, *Perspectiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt am Main, 1998, p. 375.

<sup>9</sup> MUCHLINSKI, *The Bhopal Case: Controlling Ultrahazardous Industrial Activities Undertaken by Foreign Investors*, in *The Modern Law Review*, 1987, p. 545.

Per ben comprendere la delicata questione occorre precisare che le società multinazionali si caratterizzano per la dicotomia tra l'unità economica e la pluralità giuridica dell'impresa<sup>10</sup>, per il controllo effettivo esercitato dalla *holding companies*<sup>11</sup> sulle affiliate, sganciato dalla detenzione della maggioranza delle quote,<sup>12</sup> per la nazionalità molto spesso diversa delle società nazionali (cd. affiliate), attraverso le quali è esercitata l'attività d'impresa. Da qui la difficoltà di sottoporre ogni diramazione della società ad un'unica legge ed a *standards* comuni (e ciò sia quanto alla gestione lavoristica che a quella dell'ambiente) e la pluralità dei fori competenti, con conseguente possibilità per la *holding* di sottrarsi alla responsabilità per gli illeciti compiuti dalle affiliate sul territorio dell'*host State*.

Per cercare di frenare questo fenomeno, nel 1897, la *House of Lords* nel caso *Salomon v. A. Salomon & Co., Ltd.*<sup>13</sup>, così come nei successivi casi *Re International Tin Council* del 1989 e *Adams v. Cape Industries plc.* del 1990, ha chiaramente precisato che la responsabilità della *holding* non va esclusa in linea di principio, dovendo verificare caso per caso se la separazione legale tra la parente e la *subsidiary company* sia solamente formale e dunque una mera copertura<sup>14</sup>.

Nel 1789 negli USA, contro la pratica di avvantaggiarsi della più favorevole giurisdizione dei Paesi in via di sviluppo, scelti come *host State*, è stato adottato l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA)<sup>15</sup> con cui è stato sancito come sia sufficiente anche un contatto minimo<sup>16</sup> con gli Usa perché la violazione del diritto nazionale<sup>17</sup> sia portata avanti alla giurisdizione civile delle Corti distrettuali statunitensi, a nulla rilevando

<sup>10</sup> SANTA MARIA, *Il Diritto Internazionale dell'Economia*, in CARBONE-LUZZATTO - SANTA MARIA, *Istituzioni di Diritto Internazionale*, Torino, 2006, 499; WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalisation*, The Hague, 2002, 101 ss.

<sup>11</sup> MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford – New York, 2007, 56 ss. Per *holding company* si intende una società che possiede più del cinquanta per cento, o comunque la maggioranza, del pacchetto azionario di altre società o che fa parte di un'altra società e ne controlla la composizione del consiglio di amministrazione. Di solito, l'attività di una *holding* si limita al controllo e alla gestione delle società sussidiarie e raramente si estende anche ad attività produttive di beni o servizi. Nel primo caso la *holding* è definita società finanziaria pura, mentre nel secondo è chiamata società finanziaria operativa. Cfr., *Economic & Business – Dizionario Enciclopedico Economico e Commerciale*, Bologna, 2005.

<sup>12</sup> In particolare si pensi al caso degli accordi di distribuzione o di produzione. Nel primo caso, un produttore dell'*home State* contrae con un distributore dell'*host State*; il distributore acquisisce diritti esclusivi di vendita del prodotto ma, in cambio, si obbliga ad acquistare le merci del produttore e a rivenderle. Nel secondo caso, l'azienda dell'*home Country*, nella veste di *licensor*, autorizza un'impresa locale (il *licensee*) a produrre il bene nello stesso *host Country*; trasferisce tecnologia e *know how* e controlla ogni azione del *licensee*; in cambio ottiene il pagamento delle *royalties*, solitamente parametriche al profitto ottenuto dalle operazioni commerciali. MUCHLINSKI, *Globalisation and Legal Research*, in *37 International Lawyer* 2003, p.55.

<sup>13</sup> SALOMON V. A. SALOMON & CO., Ltd., [1897] A. C. 22

<sup>14</sup> Interessante è anche il caso *Jones v. Lipman*, [1962] 1 W.L.R. 832 (High Court, Ch.) in quanto l'organo giudicante, con riferimento alla sussidiaria, ha parlato di "a device and sham, a mask which the incorporator holds before his face in an attempt to avoid recognition by the eye of equity".

<sup>15</sup> Lo scopo dell'*Alien Tort Claims Act* era quello di fornire un rimedio giudiziale presso le Corti statunitensi agli stranieri che fossero stati vittima di un illecito avvenuto sul territorio americano. Grazie alla giurisprudenza *Filártiga v. Peña-Irala* del 1980, la giurisdizione civile delle Corti statunitensi ha cominciato ad affermarsi anche per i casi in cui il reo abbia un contatto con gli Stati Uniti (nel caso in questione Peña, ispettore generale di polizia cileno, fu raggiunto dalla citazione in giudizio mentre si trovava sul territorio statunitense) e abbia violato – anche all'estero – la c.d. *law of nations* intesa come quell'insieme di disposizioni che descrivono condotte "definable, obligatory...and universally condemned" (nel caso di specie Peña aveva torturato e ucciso un cittadino cileno per motivi politici). Questi concetti sono stati poi trasposti nei casi che hanno coinvolto gli illeciti delle imprese multinazionali. Si v.: JÄGERS, *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, Oxford – New York, 2002, p. 177; WINKLER, *La responsabilità delle imprese multinazionali per violazioni dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza statunitense*, in *Jus*, 2005, p. 545.

<sup>16</sup> Per il tramite di un ufficio, di un rappresentante, o una qualsiasi forma di *business*.

<sup>17</sup> La processabilità dell'IMN per violazione del diritto internazionale consuetudinario può essere considerata un indice delle recenti tendenze di dottrina e giurisprudenza a conferire una sorta di personalità giuridica internazionale alle persone giuridiche.

che la violazione sia imputabile all' affiliata di un' impresa multinazionale e, dunque, che il ricorrente straniero non sia fisicamente presente sul territorio americano e l' illecito non sia stato commesso negli USA. In questo modo è stata garantita una regolamentazione uniforme degli illeciti commessi da società nazionali e società estere ma affiliate di una capogruppo nazionale e un ristoro effettivo ai danneggiati che possono agire dinnanzi a corti tecnicamente avanzate e beneficiare delle garanzie del *fair trial of law*. Si consideri, poi, la risonanza che ha sul piano dell' opinione internazionale il fatto di coinvolgere il Paese d' origine<sup>18</sup>.

L' applicazione della legge della *holding* alla sussidiaria anche in assenza di un illecito è stata vista come un' ingerenza intollerabile nella sfera degli altri Stati<sup>19</sup>, una violazione della sovranità territoriale altrui e, in generale, delle disposizioni sul trattamento delle persone giuridiche straniere<sup>20</sup>. Così, per soddisfare l' esigenza di tutelare l' ambiente ed i diritti fondamentali della persona umana si è pensato anche di riconoscere alle IMN, sebbene a certe condizioni, la soggettività giuridica internazionale<sup>21</sup>.

La necessità di conciliare le esigenze di *business* con il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali dell' individuo, pur essendo stata sposata da organizzazioni come l' Onu<sup>22</sup> e l' Oecd<sup>23</sup>, è

---

<sup>18</sup> Sull' applicazione agli illeciti delle IMN dell' ATCA e sui casi di *domestic jurisdiction* in Europa v: JÄGERS, *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, Oxford – New York, 2002, p. 177. Per il solo Nord America v: STEPHENS, *Corporate Accountability: International Human Rights Litigation against Corporations in US Courts*, in KAMMINGA-ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague – London – Boston, 2000, p. 226; BOYD, *The Inconvenience of Victims: Abolishing Forum Non Conveniens in US Human Rights Litigation*, in *Virginia Journal of International Law*, 1998, p. 41; NOLLKAEMPER, *Public International Law in Transnational Litigation against Multinational Corporations: Prospects and Problems in the Courts of the Netherlands*, in KAMMINGA-ZIA-ZARAFI (a cura di), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague, 2000. Nel particolare campo dei danni ambientali, si veda ANDERSON, *Transnational Corporations and Environmental Damage: is Tort Law the Answer?*, *Washburn Law Journal*, 2001-2002, p. 411.

<sup>19</sup> Vi sono alcuni settori per cui l' applicazione extraterritoriale del diritto è stata legittimata: in tema di corruzione di ufficiali stranieri, reato in cui sono spesso coinvolte le IMN. A metà degli anni Settanta il fenomeno assumeva già dimensioni preoccupanti, tanto che il Congresso statunitense emanò il *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), tuttora vigente e “recepto” nella *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* del 1998. Il sistema preventivo, tramite *compliance programs*, e sanzionatorio del FCPA presenta la peculiarità di estendersi all' operato delle affiliate sulla base del fatto che esse siano “agenti” di un' impresa multinazionale statunitense; dalla giurisprudenza, infatti, emerge chiaro come anche *subsidiaries* totalmente estere ricadano sotto le previsioni del FCPA sulla base di un rapporto di “agenzia”, che è dunque la fonte di un addebito penale. (Cfr., URGENSON-HARRIS, *Foreign Companies Prosecuted in the U.S. for Bribes Overseas*, 15 *Business Crimes Bulletin*, Ottobre 2007). Per approfondire la discussione dottrinale sul tema, si vedano:

FRANCIONI, *Exporting Environmental Hazard through Multinational Enterprises: Can the State of Origin be Held Responsible?*, in FRANCIONI-SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, London, 1991, 275 ss., JÄGERS, *op. cit.*, p. 203.

<sup>20</sup> Sul tema dell' applicazione extraterritoriale delle regole di concorrenza si rinvia a PICONE, *L' applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in AA.VV., *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno internazionale*, Padova, 1989, p. 81., ed anche per la ricca bibliografia sul tema v: DE PASQUALE, *La disciplina della concorrenza oltre i confini comunitari*, Napoli, 2005, p. 11.

<sup>21</sup> Alla luce dell' attuale contesto di diritto internazionale, lo *status* legale delle imprese multinazionali resta controverso. Per un' efficace e precisa ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali intervenute sul tema V: DUMBERRY ‘*Enterprise, Sujet de Droit International? Retour sur la Question a la Lumiere des Developpements recents du Droit International des Investissements*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2004, p. 103; IOVANE, *Soggetti Privati, Società Civile e Tutela Internazionale dell' Ambiente*, in AA. VV., *Il Diritto Internazionale dell' Ambiente dopo il Vertice di Johannesburg*, 2005, Napoli, p. 133.; BORGIA, *La responsabilità delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007, p. 33.

<sup>22</sup> Nel 2011 il Consiglio delle Nazioni Unite ha approvato il *Guiding on Business and Human Rights* (noti come *Ruggie Principles*). Sul punto v: MARRELLA F., *I principi guida del' Onu sulle imprese e i diritti umani del 2011 e l' accesso ai rimedi tramite gli strumenti di diritto internazionale privato europeo: una valutazione critica*, in M. CASTELLANETA, VESSIA F. (a cura di), *La responsabilità sociale d' impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli, 2019, p. 315; SCHMALENBACH K., *Multinazionale Unternehmen und Menschenrechte*, in *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 39 (2001), p. 57.

<sup>23</sup> *Guidelines for Multinational Enterprises*.

rimasta a livello di *soft law*<sup>24</sup>, per cui tutti i principi enunciati, ad esempio, dall' Onu (c.d. *Ruggie principles*<sup>25</sup>) nel *Guiding principles on business and human rights*, sono privi di forza cogente.

In tale contesto, si lascia maggiormente apprezzare il tentativo del legislatore comunitario di affermare, sulla scia dell' esperienza francese, l' esistenza in capo alla *holding* di un dovere di vigilanza (c.d. *parental duty of care*) e di rispetto di determinati *standards* nella gestione dell' attività d' impresa per andare esente dalla responsabilità per i reati commessi dalle affiliate.

3. La Francia è stato il primo Paese europeo<sup>26</sup> ad aver istituito un sistema di regole che garantiscano la tutela effettiva dei diritti e delle libertà protette dagli atti di *soft law* delle organizzazioni internazionali<sup>27</sup>, spinta dal tragico incendio che, nell' aprile 2013, ha devastato un edificio sito a Rana Plaza (Bangladesh) adibito alle lavorazioni del settore tessile e dell' abbigliamento, in cui operavano, in condizioni di sicurezza del tutto precarie ed insufficienti, centinaia di persone in esecuzione di ordini e commesse di imprese straniere o di capogruppo straniere di imprese multinazionali.

Con la *loi* n. 2017-399, il 27 marzo 2017, è stato modificato il *code de commerce* nel cui ambito sono stati inseriti gli artt. L 225 -102-4 4 L 225-102-5 che prevedono obblighi di *due diligence* e di prevenzione dei rischi di lesione dei diritti umani nell' ambito dell' impresa, ivi incluse le imprese policentriche e le *supply chain*.

Più precisamente alle imprese che superino determinate soglie dimensionali<sup>28</sup> e che si avvalgano, per il perseguimento dei propri obiettivi produttivi, della collaborazione di altre imprese (siano esse imprese

<sup>24</sup> Con la risoluzione 26/9 di luglio 2014 le Nazioni Unite avevano commissionato un gruppo intergovernativo affinché prendesse in esame e predisponesse una bozza di trattato internazionale. Tuttavia, tale iniziativa è stata osteggiata dai Paesi del Nord, Stati Uniti, Canada e anche dall' Unione Europea. Invece, tra i sostenitori dell' iniziativa vanno ricordati Ecuador e Sudafrica.

<sup>25</sup> I principi prendono il nome da un professore di Harvard (John Ruggie) che nel 2005 era stato officiato dall' Onu per lo studio della materia e la predisposizione di un documento di lavoro al riguardo. Sul punto v.: F. MARRELLA, *I principi guida dell' Onu sulle imprese e i diritti umani del 2011*, cit.

<sup>26</sup> Una certa sensibilità per i temi affrontati dalla legge francese è percepibile anche in altri territori, come la Svizzera. Ivi nel 2015, su impulso di alcune organizzazioni attive nella società civile, è stata promossa un' iniziativa diretta ad affermare la responsabilità della società con sede nel proprio territorio, per la violazione dei diritti umani perpetrate nell' ambito delle società controllate con sede all' estero. Si pensi, poi, all' Olanda dove le imprese aventi sede nel territorio di quel Paese, in forza dello *Dutch Child Labour Due diligence act* del 2019, sono obbligate a contrastare l' impiego del lavoro minorile nell' ambito della catena produttiva dell' impresa. Per un approfondimento dell' esperienza olandese v.: <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labour-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-companies>; mentre per quella svizzera v.: <https://www.business-humanrights.org/en/switzerland-ngo-coalition-launches-responsible-business-initiative>.

<sup>27</sup> In Francia il 19 giugno 2018, dopo poco più di un anno dalla promulgazione della legge che ci si appresta a commentare, è stato presentato un progetto di legge (*project Act*) volto a riscrivere gli artt. 1833 e 1835 del cod. civil. e, più in generale, a riformare il diritto d' impresa e delle società per orientarlo verso obiettivi di lungo termine, improntati su concetti di crescita sostenibile, di responsabilità sociale e sull' idea secondo cui l' iniziativa economica privata in forma di impresa dovrebbe farsi promotrice, innanzitutto, dell' interesse collettivo. Nonostante le numerose critiche sollevate (tra tutti spiccano le critiche di B. LECOURT, P.H. CONAC, J. HEINICH, I. URBAIN-PARLENI, E. MASSET, A. COURET, J. MESTRE nel *Revue des Sociétés*, n. 10 e n. 11/2018) nel 2019 il progetto è stato approvato. Si tratta della *loi* n. 019-486 del 22 maggio 2019 (*loi Pacte*) Per un commento v.: P.H. CONAC, *Le nouvel article 1833 du Code Civil français et l' intégration de l' intérêt social et de la responsabilité social d' entreprise: constat ou révolution?*, in *Riv. ODC*, n. 3/2019, p. 497; I. URBAIN- PARLEANI, *L' article 1835 et la raison d' être*, in *Riv. ODC*, n. 3/2019, p. 533.

<sup>28</sup> La disposizione si applica solamente alle società che, per due esercizi consecutivi, impieghino almeno 5000 dipendenti (tenuto conto anche dei dipendenti delle società direttamente o indirettamente controllate aventi sede nel territorio francese), o almeno 10.000 dipendenti (a tal fine si tiene conto dei dipendenti delle società direttamente o indirettamente controllate aventi sede in Francia o all' estero).

appaltatrici ovvero subfornitrici, oppure imprese ad essa collegate sulla base di una relazione partecipativa di controllo), è stato posto il dovere di farsi carico anche in queste imprese del rispetto dei diritti umani, dei principi di sicurezza sul lavoro e dei luoghi di lavoro e dei principi di salubrità dell' ambiente<sup>29</sup>.

La strategia è di prevenire la lesione valorizzando il profilo organizzativo dell' impresa, su cui è fatto gravare un dovere di vigilanza anche *stand alone* e indipendentemente dalla giurisdizione cui appartengono le imprese controllate, appaltatrici, o subfornitrici.

In particolare ad esse spetta identificare e procedere con la mappatura dei rischi, ma anche predisporre presidi organizzativi. Tutto questo va documentato nel *plan de vigilance*<sup>30</sup>. Diversamente dalla denominazione del piano, l' obbligo non è di vigilanza a che certi misfatti non vengano commessi. L' impegno richiesto va ben oltre e richiede l' adozione in concreto di misure organizzative utili e necessarie affinché il rischio del verificarsi di certi sinistri sia correttamente identificato *ex ante* e siano effettivamente posti in essere presidi per prevenirli. Il piano di vigilanza deve essere elaborato e messo in opera ed è, anche per questo, che è stata prevista la sua pubblicazione, così da consentire a chiunque di controllare lo stato di adempimento.

A spronare comportamenti virtuosi è soprattutto il puntuale sistema sanzionatorio che fa da corredo alla legge, la cui applicazione scatta dopo soli tre mesi dalla messa in mora dell' inadempiente. Si pensi che la legittimazione ad agire in giudizio a che venga emessa un' ingiunzione dall' autorità giudiziaria e, eventualmente, anche una penale per il ritardo (c.d. *astreinte*), è riconosciuta a chiunque ne abbia interesse. Oltre all' ingiunzione ad adempiere e alla penale per il ritardo, contro l' inadempiente può essere emessa condanna al risarcimento dei danni che l' osservanza di quella norma avrebbe consentito di evitare, laddove sia stato soddisfatto l' onere probatorio previsto dagli artt. 1240 e 1241 *code civil* che ammettono la presunzione della colpa dal difetto di organizzazione, dalla mancanza o inadeguatezza dei presidi organizzativi che avrebbero dovuto essere istituiti. Così, attraverso il criterio presuntivo, il verificarsi dell' evento viene causalmente ricondotto ad una colpa o a un difetto di organizzazione, consistente nell' assenza o nell' insufficienza dei presidi organizzativi. Infine, tra le sanzioni vi è anche la pubblicazione o la diffusione della sentenza o di un suo estratto a spese del responsabile.

La disciplina delineata si lascia apprezzare per la sua incontrovertibile concretezza. Ben individuato è l' obiettivo perseguito dalla legge, così come determinate sono le imprese cui si rivolge la legge e specifici sono anche gli obblighi di comportamento e le sanzioni previste nel caso di inadempimento.

Discutibile è, invece, l' efficacia in concreto della norma rispetto all' effettivo e sostanziale perseguimento dell' obiettivo della salvaguardia e della protezione di determinati diritti fondamentali dell' uomo. Invero, l' impresa per andare esente da responsabilità deve semplicemente allegare e dimostrare la bontà e l' adeguatezza dei presidi organizzativi messi in campo.

---

<sup>29</sup> La riforma è avvenuta con la *loi* n. 2017-399 del 27 marzo 2017. È da notare che i primi casi di concreta applicazione della legge si sono avuti solamente nel 2019. Per un' analisi della casistica v.: <http://blog.journals.cambridge.org>.

<sup>30</sup> Il piano va elaborato d' intesa con le parti interessate nella società e, se necessario, sulla base delle iniziative *multistakeholder* nell' ambito della filiera o del territorio in cui si sviluppa l' attività della società e delle controllate/appaltatrici/fornitrici. Esso deve contenere: 1) una mappa dei rischi, utile alla loro identificazione, analisi e classificazione; 2) procedure per la valutazione regolare della situazione delle società controllate, delle imprese appaltatrici e fornitrici aventi relazioni commerciali stabili con la società, riguardo alla loro collocazione nella mappa dei rischi; 3) azioni positive appropriate, dirette all' attenuazione dei rischi o alla prevenzione di lesioni gravi degli interessi considerati; 4) un meccanismo di allerta e di raccolta delle segnalazioni relative all' esistenza potenziale o attuale dei rischi, istituito di concerto con le organizzazioni sindacali rappresentative presenti nella società; 5) un sistema per monitorare le misure attuative e valutarne l' efficacia.



4. Il principio di adeguatezza organizzativa, di previsione e di prevenzione dei rischi è accolto anche nell'ordinamento italiano.

A seguito della riforma del 2003<sup>31</sup>, gli organi sociali delle SpA devono farsi carico dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, rispetto alla natura e alle dimensioni d'impresa, all'entità e alla tipologia dei rischi, cui essa è esposta<sup>32</sup>, dandone atto in maniera dettagliata nella relazione al bilancio d'esercizio<sup>33</sup>. In particolare il sistema è il seguente: i componenti esecutivi del Cda curano l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa, affinché sia adeguato (ex art. 2381, comma 5, c.c.), mentre i membri non esecutivi ne valutano l'adeguatezza (ex art. 2381, comma 3, c.c.) e il collegio sindacale vigila, tra l'altro, sull'adeguatezza degli assetti organizzativi curati dagli amministratori esecutivi e valutati dal Cda. Questi sono i c.d. principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, che s'impongono a tutte le società, indipendentemente dall'oggetto e dalle dimensioni e senza differenze tra le diverse funzioni aziendali. Essi, però, non sono di per sé finalizzati al perseguimento di obiettivi specifici, come la salvaguardia dell'ambiente o l'osservanza delle norme che tutelano i diritti fondamentali, ma possono essere ad essi funzionali nella misura in cui i detti obiettivi vengano internalizzati nella gestione dell'impresa in virtù di altra norma di diritto positivo, allo stato

---

<sup>31</sup> Il riferimento è al D.lgs. n. 6/2003, di attuazione della delega legislativa di cui alla legge n. 166/2001, entrato in vigore il 1° gennaio 2004. Va precisato, però, che già prima della riforma era maturata una sensibilità verso il riconoscimento della responsabilità della capogruppo per i danni causati da un illecito commesso nell'ambito della controllata, derivante dalla violazione di specifiche norme di legge, facendo leva su argomentazioni di carattere equitativo e sostanziale per cui non si dovrebbe consentire alla capogruppo di cogliere solamente i benefici (sul piano dell'articolazione e della segmentazione dei rischi) della scelta del modello organizzativo e non anche gli inconvenienti, come la responsabilità per danni arrecati a terzi per le azioni e o omissioni verificatisi a livello della controllata e nell'ambito della sfera di attività di quest'ultima. Qualcuno rinveniva il fondamento normativo di tale responsabilità nell'art. 2049 c.c. ravvisando una responsabilità da posizione, che prescinde dalla colpa del soggetto a cui fa carico. Tesi, questa, non condivisa da chi rilevava che alla capogruppo possa addebitarsi solamente una responsabilità per gli illeciti derivanti dall'esecuzione delle direttive impartite (G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. Dir. civ.*, 1988, I, p. 365). Tale impostazione non sembra essere sconfessata dalla sopravvenuta disciplina sulla direzione ed il coordinamento delle società, stante l'ampiezza del disposto contenuto nell'art. 2497 c.c. che ricollega la responsabilità della capogruppo all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non conforme ai canoni della correttezza imprenditoriale e societaria.

Altra parte della dottrina rinveniva il fondamento della responsabilità nell'art. 2447 *quater*, comma 3, 2° periodo, c.c. in forza del quale "resta salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito", anche nel caso in cui essendo stata deliberata la costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare, la società risponda per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare "nei limiti del patrimonio ad essi destinato". Ad avviso dei fautori di tale tesi, la separazione patrimoniale consentita per le s.p.a. e la conseguente limitazione delle responsabilità al patrimonio destinato riguardano solamente le obbligazioni *ex contractu* assunte per lo specifico affare e non quelle da fatto illecito, non potendosi risolversi in un pregiudizio per i creditori involontari successivi alla data di efficacia della deliberazione. La disposizione sarebbe applicabile anche ai gruppi d'impresa ed ai rapporti tra società capogruppo e controllata in quanto la separazione e la reciproca autonomia giuridica che caratterizza le società del gruppo è assimilabile al rapporto tra il patrimonio destinato e quello generale della società e, al pari di questa, non deve volgersi in danno di coloro le cui ragioni di credito (verso la società controllata) nascono da un comportamento illecito dannoso piuttosto che da dall'inadempimento di una obbligazione contrattuale. Condivisibili sono le critiche mosse ai fautori di tale tesi da G. SCOGNAMIGLIO (in, *Sulla tutela dei diritti umani, cit.*) che osserva la mancanza di un riscontro nel diritto positivo; il diverso campo d'applicazione delle normative (la disciplina dettata per i patrimoni destinati si applica solo alle S.p.a., mentre nessun limite è posto quanto al fenomeno di direzione e coordinamento); il diverso grado di autonomia nella gestione, molto più ampio per la società controllata.

<sup>32</sup> Art. 2428 cod. civ.

<sup>33</sup> v. art. 2428 c.c.

assente nel nostro ordinamento per quanto riguarda i diritti umani, ma presente per quanto concerne ad es. la salvaguardia della salute e della sicurezza di chi svolge la propria attività lavorativa nell'impresa<sup>34</sup>.

L'approccio adottato nell'ordinamento italiano si discosta da quello francese sotto più profili. Quest'ultimo si è dotato di una legge volta espressamente a perseguire l'obiettivo di salvaguardia e protezione di determinati diritti fondamentali dell'uomo, tarandola specificamente sulle relazioni tra le imprese legate da rapporti di appalto o di subfornitura o facenti parti il medesimo gruppo. Fenomeno, questo, che non è stato proprio preso in considerazione dal legislatore italiano del 2003, nonostante l'adozione di modelli organizzativi complessi e policentrici sia divenuta quasi una prassi per l'impresa capitalistica moderna anche nell'ordinamento italiano. Alla base della scelta, però, non vi è un'insensibilità verso il fenomeno dei gruppi di società. L'art. 2359 c.c. già nella sua versione originaria dava una definizione di società controllate<sup>35</sup>. La disciplina, poi, è stata arricchita con la riforma del 2003 che ha introdotto gli articoli dal 2947 al 2497 *septies* c.c., in cui è stato configurato il modello organizzativo dell'impresa a gruppo come insieme delle società sottoposte all'attività di direzione e di coordinamento di un ente o di una società capogruppo. Ad ulteriore conferma dell'assunto si consideri, poi, che la soggezione all'attività di direzione e di coordinamento è presunta (presunzione *iuris tantum*) laddove sussista tra le diverse società o enti, una relazione di controllo ex art. 2359 c.c. o ex dlgs n. 127/1991, in tema di bilancio consolidato di gruppo.

L'obbligo per la capogruppo di rispettare anche nelle società controllate le norme che presiedono, ad esempio, alla salvaguardia della salubrità dell'ambiente o della sicurezza dei luoghi di lavoro o, ancora, al corretto smaltimento dei residui nocivi della produzione, potrebbe trovare fondamento nell'art. 2497 c.c. che impone il rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale anche nelle società cui sono impartiti atti di direzione e di coordinamento<sup>36</sup>, sanzionandone la violazione con l'estensione alla *holding* della responsabilità per tutti i danni cagionati al patrimonio delle società dirette e coordinate, fatta eccezione del caso in cui i pregiudizi subiti siano compensati con benefici e vantaggi.

Quindi, poiché per indirizzo consolidato l'applicazione di siffatti principi impone l'adozione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati ex art. 2381 c.c., la capogruppo nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento delle controllate, ha il dovere di impartire direttive anche circa la predisposizione, in ciascuna di esse, di siffatti assetti<sup>37</sup> così che l'impresa miri al profitto ma anche alla *compliance*, e quindi al rispetto di quelle diverse norme o complessi di norme onde è regolata l'attività d'impresa, tra cui rientrano quelle poste a presidio della salubrità dell'ambiente e della sicurezza dei luoghi di lavoro.

Quanto al dovere di vigilanza sul corretto recepimento da parte degli organi delle società controllate delle direttive impartite, nell'ordinamento italiano manca una disposizione analoga a quella contenuta nella *loi* n. 2017/399. Né si può pensare di colmare la lacuna attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 2403 c.c. che, seppure delinea la funzione di controllo del collegio sindacale sull'osservanza della legge e dello statuto, circoscrive espressamente il proprio campo d'applicazione alle sole società

<sup>34</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla tutela in Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10/2019, p. 559.

<sup>35</sup> Si tratta di società sottoposte all'influenza dominante di un'altra società: a) attraverso la partecipazione diretta o indiretta di quest'ultima nelle prime, in misura tale da garantirle la disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; oppure, b) attraverso particolari vincoli contrattuali.

<sup>36</sup> Attraverso l'adozione di direttive strategiche e atti di indirizzo gestionale in cui si concreta l'attività di direzione e di coordinamento.

<sup>37</sup> P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in *AGE*, 2009, p. 383.

automisticamente considerate. Diversamente, il raggio d'azione sembra ampliato dal successivo art. 2403 *bis*, comma 2, 2° periodo, laddove è attribuito al collegio sindacale il potere di scambiare informazioni con l'organo corrispondente delle società controllate, in merito ai sistemi di amministrazione e di controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale; e trattandosi di un potere legato all'esercizio di una funzione (quella di controllo e di vigilanza) esso si configura come un dovere.

Individuati i doveri, occorre soffermarsi sulle conseguenze dell'inadempimento degli stessi. La capogruppo è responsabile dei danni subiti dalla controllata, dai suoi soci o dai suoi creditori (volontari o involontari)<sup>38</sup>, per effetto dell'adozione di direttive, inadeguate o carenti. Più precisamente essa potrà essere condannata in solido con la controllata laddove sia dimostrato che non abbia adottato direttive o che abbia dato direttive insufficienti o inadeguate rispetto alle prescrizioni di legge o sia provata l'esistenza di una direttiva specifica la cui attuazione abbia costituito antecedente causale dell'evento dannoso. In quest'ultimo caso la capogruppo potrebbe incorrere in una condanna per cooperazione colposa nell'inadempimento della controllata o per induzione all'inadempimento.

Delicata è la questione della disciplina applicabile ai gruppi multinazionali in cui la capogruppo e tutte o alcune delle controllate operino nell'ambito di giurisdizioni nazionali diverse. Invero, il diritto italiano si presenta carente, anche, nella considerazione dei profili internazionalprivatistici dei gruppi di società, ancorché la pratica sia assai diffusa.

In particolare, il fenomeno dei gruppi e delle relazioni intragruppo non è proprio preso in considerazione dalla legge n. 218/1995, recante la riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato. Mentre il d.lgs. 127/1991 vi accenna nel momento in cui, al fine di perimetrare l'area del bilancio consolidato, considera imprese controllate da includere nei conti consolidati dell'impresa capogruppo soggetta alla legge italiana, anche quelle su cui la consolidante italiana ha il diritto di esercitare un'influenza dominante "in virtù di un contratto o di una clausola statutaria", sul presupposto che la legge straniera applicabile consenta tali contratti o clausole.

Non essendo dettata una norma specifica al riguardo, non solo a livello nazionale<sup>39</sup> ma anche dell'Ue e dei trattati internazionali, si è posto il dubbio se la capogruppo debba/possa esercitare il potere-dovere di direzione e di coordinamento nonché di vigilanza sulla corretta ricezione ed attuazione delle direttive<sup>40</sup>,

---

<sup>38</sup> All'art. 2497 c.c. non si distingue tra le due categorie di creditori. Sul punto si conviene con G. SCOGNAMIGLIO (in *Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra legislazione francese e quella italiana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10/2019, p. 546) che sostiene che una simile distinzione non può essere dedotta dall'interprete. Ad avviso dell'A. in entrambi i casi vi è l'interesse diretto alla conservazione dell'integrità patrimoniale della controllata e che questo interesse merita di essere parimenti protetto, non tanto sotto il profilo della tutela dell'affidamento preventivo nella solidità patrimoniale del soggetto debitore, bensì sotto il profilo della protezione dell'aspirazione del danneggiato a conseguire la riparazione del pregiudizio subito, che potrebbe essere stata messa a repentaglio da politiche di gruppo spregiudicate, inidonee a svuotare o a spolpare il patrimonio della società controllata alla quale il comportamento illecito è direttamente imputabile.

<sup>39</sup> Un discorso a parte va fatto per il diritto della crisi d'impresa. Il regolamento sull'insolvenza transfrontaliera già nella sua versione del 2000 (regolamento 2000/1346/UE) è stato più volte applicato per risolvere problematiche sui gruppi ed in particolare sui rapporti fra le procedure concorsuali che investono società dello stesso gruppo. Nella versione più recente del 2015 (regolamento 2015/848/UE) è stato dedicato l'intero capo V alla disciplina dell'insolvenza dei gruppi di società operanti su più ordinamenti.

<sup>40</sup> Discutibile è anche la possibilità dei soci e dei creditori della controllata sottoposta alla giurisdizione italiana di intraprendere un'azione di responsabilità verso una capogruppo straniera per l'esercizio non corretto dell'attività di direzione e di coordinamento, o per l'abuso del potere di direzione e coordinamento. La questione potrebbe essere risolta positivamente aderendo all'indirizzo maggioritario per cui il diritto dei gruppi d'impresa sia principalmente un sistema di norme rivolte alla protezione di determinati interessi (in particolare, dei creditori sociali e dei soci esterni al controllo) potenzialmente lesi dall'attività di direzione e di coordinamento della capogruppo.

anche nei confronti di controllate soggette ad una diversa giurisdizione. Un problema, questo, che potrebbe essere ulteriormente complicato dal diritto applicabile alle società controllate laddove escluda questo tipo di rapporti tra imprese o disconosca il modello organizzativo del gruppo delineato nel c.c., con conseguente autonomia decisionale degli amministratori delle controllate.

In attesa di un intervento chiarificatore, è stata invocata l' applicazione d.lgs 231/2001 con cui è stata disciplinata per la prima volta la responsabilità degli enti per il reato commesso da soggetti operanti al loro interno o nel loro ambito come soggetti apicali o come persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei primi<sup>41</sup>. Queste disposizioni, pur non prendono in considerazione in maniera espressa il fenomeno dei gruppi di imprese e non predisponendo una regola per il caso in cui il reato sia stato commesso nell' ambito di una società controllata<sup>42</sup>, presentano un' apertura verso il collegamento tra le imprese, laddove all' art. 5, comma 1, lett. b)<sup>43</sup> è contemplato il caso in cui a commettere il reato siano persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti apicali di cui alla lett. a). E l' amministratore o il dirigente della società controllata destinatario delle direttive e degli atti d' indirizzo degli amministratori della capogruppo, non è altro che un soggetto sottoposto a direzione e vigilanza altrui. Da qui, l' esposizione della capogruppo ad una pronuncia di condanna per i reati commessi nell' ambito di una società controllata o sottoposta alla sua direzione e coordinamento, salva la prova che i soggetti agenti abbiano perseguito esclusivamente un interesse proprio o di terzi<sup>44</sup>.

5. Le proposte di direttiva *Corporate responsibility due diligence* e *Corporate sustainability reporting* costituiscono senza dubbio una svolta importante nel riconoscimento della responsabilità della capogruppo.

Occorre precisare, però, che già nel 2014 a livello comunitario è stato compiuto un passo in avanti, con l' introduzione dell' istituto della dichiarazione di carattere non finanziario (DNF), nelle due forme della dichiarazione individuale (ex art. 3 d.lgs. n. 254/2016) e della dichiarazione consolidata (ex art. 4 dello stesso decreto)<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> L' art. 4 del d.lgs. stabilisce che gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all' estero.

<sup>42</sup> F. SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del decreto 231/2001*, in *www.rivista231.it*.

<sup>43</sup> Si ricordi che per le norme penali vige il divieto di analogia. Però va anche precisato che si discute se il decreto 231 disciplini la responsabilità penale o quella amministrativa degli enti. È comunque indiscusso che il decreto riguardi la responsabilità che scaturisce dalla commissione di un reato presupposto (quelli indicati dalla norma); che l' amministrazione e concreta attuazione delle regole in esso contenute sia attribuita al giudice penale; che alla persona che ha commesso il reato si applichino le sanzioni penali previste dalla norma incriminatrice di volta in volta violata e all' ente responsabile sanzioni di tipo diverso che, sebbene qualificate come amministrative, presentano molti caratteri tipici delle sanzioni penali.

<sup>44</sup> Secondo un primo indirizzo, nei gruppi di società si presume che l' agente abbia perseguito un interesse della capogruppo (Cass., sez. III penale, 21 giugno 2018, n. 28725, con nota di M. MOSSA VERRE, in *Società*, 2018, p. 1438). Secondo un' altra più rigorosa impostazione, tale circostanza va provata specificamente e secondo altri ancora la responsabilità della capogruppo sarebbe configurabile solamente laddove nella consumazione del reato presupposto abbia concorso almeno una persona fisica che agisca per conto della holding, non essendo sufficiente l' enucleazione di un generico riferimento al gruppo o ad un generale interesse di gruppo (Cass., sez. II penale, 9 dicembre 2016, n. 52316).

<sup>45</sup> La Dnf copre molteplici settori anche eterogenei tra di loro, quali quello ambientale, sociale, quelle attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva. Essa va redatta, dall' organo amministrativo, secondo il principio di continuità, al termine di ciascun esercizio. Deve essere messa a disposizione dell' organo di controllo e del soggetto incaricato ad effettuare la revisione legale del bilancio e va inserito nel registro delle imprese.

Diversi sono i profili alla luce dei quali merita di essere menzionata questa disciplina. Innanzitutto va rilevato che l'informazione non finanziaria, che si ricordi è obbligatoria per le società e per i gruppi di società che superino la soglia dimensionale di cui agli artt. 1 e 2 del d.lgs., investe tutte quelle tematiche che possono essere riassunte nel concetto di responsabilità sociale dell'impresa<sup>46</sup> e almeno parte dei temi e dei settori considerati dalla loi sul dovere di vigilanza. A ciò si aggiunga che la normativa pone attenzione al fenomeno dei gruppi di società, anche nella loro proiezione internazionale, prevedendo espressamente che l'informazione va resa dalla capogruppo per conto delle sue controllate (attraverso la dichiarazione consolidata, unica per tutte le imprese) anche quando la società posta al vertice del gruppo appartenga alla giurisdizione di un diverso Stato membro.

Un'ulteriore nota positiva va rinvenuta nel contenuto delle informazioni di cui è chiesta la divulgazione da cui si deduce come la direttiva, in linea con l'odierna tendenza del diritto d'impresa, richieda agli amministratori particolare attenzione all'impatto che l'attività d'impresa ha sull'ambiente, sulla salute dei lavoratori, sui diritti umani, etc.; e quindi l'adozione di strumenti adatti per rilevarlo e di decisioni che ne tengano conto.

La direttiva sulla *non financial disclosure*, però, pecca per la mancata previsione, in capo alla *holding*, di un obbligo di vigilanza sul rispetto dei diritti umani, dei valori ambientali e sociali nell'ambito della società controllata, alla stregua della loi n. 2017-399. Né è possibile una lettura in senso sostanzialista della stessa, così da porre l'accento sulla tutela sostanziale ed effettiva degli interessi evocati, in quanto l'ampiezza e la genericità delle previsioni farebbe sì che sugli organi di gestione e di controllo delle imprese siano posti obblighi di diligenza dal contenuto eccessivamente esteso e vario e quindi inesigibile.

Le carenze della legislazione sulla dichiarazione di informazioni non finanziarie sono state colmate con l'adozione, nel novembre 2022, della *Corporate Sustainability Reporting Directive*, con cui sono stati introdotti obblighi di trasparenza più stringenti circa l'impatto che le imprese producono sull'ambiente, sui diritti umani, sugli *standard* sociali, e ciò sulla base di criteri comuni ed in linea con gli obiettivi climatici dell'Ue<sup>47</sup>. In questo modo sono stati messi a disposizione degli investitori dati comparabili, attendibili ed accessibili digitalmente<sup>48</sup> e le imprese<sup>49</sup> sono state responsabilizzate nei confronti dei cittadini, con l'imposizione in capo alle stesse dell'obbligo di provvedere con regolarità alla pubblicazione dei dati, certificati e verificabili, relativi all'impatto sociale ed ambientale prodotto.

In tale sede merita di essere ricordata anche la proposta di direttiva *Corporate responsibility due diligence* del 23 febbraio 2022, ancora in attesa di approvazione<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Si pensi, ad esempio, alle politiche ambientali e all'impatto dell'attività dell'impresa sull'ambiente, sulla salute e sulla sicurezza; alle politiche sociali e attinenti alla gestione del personale, incluse le azioni poste in essere per garantire la parità di genere e le misure dirette ad attuare le convenzioni di organizzazioni internazionali e sovranazionali in materia di lavoro; alle politiche relative ai diritti umani, incluse le misure adottate per prevenirne le violazioni.

<sup>47</sup> Già nella risoluzione del 6 febbraio 2013 "responsabilità sociale delle imprese: comportamento commerciale trasparente e crescita sostenibile" e "responsabilità sociale delle imprese: promuovere gli interessi della società e un cammino verso la ripresa sostenibile ed inclusiva" il Parlamento europeo aveva riconosciuto l'importanza della comunicazione delle imprese sulle informazioni sulla sostenibilità socio-ambientali, invitando la Commissione a presentare una proposta di riforma.

<sup>48</sup> La dichiarazione sulla sostenibilità è stata equiparata alla dichiarazione finanziaria.

<sup>49</sup> I nuovi obblighi di trasparenza sulla sostenibilità si applicheranno a tutte le grandi imprese, quotate in borsa o meno, comprese le imprese estere che fatturano più di 150 milioni di euro all'interno dell'Ue.

<sup>50</sup> La versione attuale è meno incisiva di quella originaria che, all'art. 20, richiamava espressamente l'art. 16 del Reg. n. 864 del 2007 e, pertanto, definiva (tutte) le disposizioni pertinenti della (futura) direttiva come «disposizioni di applicazione necessaria». Tali riferimenti di diritto internazionale privato, oggi scomparsi, avrebbero potuto superare le incertezze connesse al Regolamento c.d. «Roma II», che ritiene prevalente l'applicazione della legge dello Stato dove si è verificato il danno, consentendo, invece, l'utilizzazione della normativa dello Stato dove è collocata la società *leader*, ossia la legge più favorevole

La proposta è conseguenza del sostanziale fallimento dell' approccio tradizionale fondato su misure volontarie e di autoregolamentazione aziendale (c.d. responsabilità sociale d' impresa<sup>51</sup>) e della crescente necessità di una legislazione vincolante a livello europeo che contribuisca a prevenire le violazioni dei diritti umani che si verificano nell' ambito delle operazioni economiche delle imprese, incluse le rispettive catene del valore<sup>52</sup>.

L' idea della Commissione è introdurre nell' ordinamento giuridico dell' Ue un obbligo di *due diligence* in materia di diritti umani e di ambiente per le imprese europee. La direttiva ove approvata sarà applicabile anche lungo le catene di approvvigionamento delle imprese europee a livello globale, così da evitare il rischio della frammentazione del mercato interno e la lesione della libertà di stabilimento derivante dalle diverse scelte dei Paesi membri.

Tra le novità va evidenziata l' introduzione in capo agli amministratori delle imprese dell' obbligo di prendere in considerazione le conseguenze delle proprie decisioni sulle questioni legate alla sostenibilità (*duty of care*), inclusi i diritti umani, l' ambiente e il cambiamento climatico<sup>53</sup> e di supervisionare e

---

per le vittime. Il fatto poi che la corrente Proposta non risolva i problemi di giurisdizione potrebbe pregiudicare l' effettivo accesso alla giustizia dinanzi ai tribunali europei da parte di chi abbia subito condotte imprenditoriali irresponsabili.

<sup>51</sup> Sul punto si ricordi che la letteratura della *Corporate Social Responsibility (CSR)* si è affermata negli anni Ottanta del secolo e che i fautori di tale tesi riconoscono all' impresa compiti di cura diretta di interessi diversi da quelli degli *shareholder*. Interessi ormai comunemente attribuiti ai c.d. *stakeholder* (lavoratori, consumatori, imprese fornitrici e collegate, comunità locali, ecc.). Si ricordi, poi, che in quegli stessi anni, per effetto del rapporto Brundtland (1987), matura la teoria generale dello «sviluppo sostenibile» che, consentendo «alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri», apre la strada ad una relazione cooperativa fra attività produttive e ambiente. È chiaro che, in questo caso, la «sostenibilità» ha un' accezione diversa dal mero contenimento dei costi di produzione, un' accezione ecologica e sociale. Lo «sviluppo sostenibile» mira a mantenere nel tempo qualità e riproducibilità delle risorse naturali e, nel presente, realizza obiettivi di benessere sociale (lavoro, sicurezza, salute, rispetto dei diritti umani...). Per un commento aggiornato v.: I. SPAZIALE, *Il nuovo paradigma dell' impresa sostenibile*, in *Contratto e Impr.*, 2022, 3, p. 752.

<sup>52</sup> Si consideri che l' attuale panorama delle fonti, europee e nazionali, di *hard law* e di *soft law*, spinge le imprese verso il paradigma della sostenibilità, ossia ben oltre lo statico orizzonte dell' art. 2247 c.c. In tale ambito degno di nota è il codice di autodisciplina delle società quotate, adottato nell' ordinamento italiano nel 2020, in cui è stato previsto l' obiettivo del successo sostenibile, cui deve anelare l' organo di amministrazione, che «si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri *stakeholder* rilevanti per la società» (Codice di *Corporate Governance*, gennaio 2020, p. 4). Non meno importante, poi, è la recente riforma della Costituzione italiana dell' 11 febbraio 2022 (l. Cost. n.1), con cui sono stati aggiornati gli artt. 9 e 41 Cost. con espliciti riferimenti all' ambiente ed ai profili dell' ecosostenibilità. Si tratta di una riforma che trae spunto (anche) dalla nota vicenda giurisprudenziale dell' ILVA di Taranto: se già da tempo la Consulta aveva elevato l' ambiente a «valore fondamentale», da declinare lungo la coordinata del bilanciamento con gli altri principi che pure sorreggono l' ordinamento (v. *Corte cost. n. 274 del 1974* e n. 210 del 1987); il «caso ILVA», nella sua ampia risonanza mediatica, ha reso prioritario per il Parlamento intervenire direttamente sul testo costituzionale, imprimendovi un cambio di passo *green*, che non fosse (solo) simbolico, ma (anche) sostanziale. Sul testo del nuovo terzo comma dell' art. 9 Cost. sono già sorte alcune perplessità nella parte in cui è precisato che la tutela dell' ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi è «anche nell' interesse delle future generazioni» e ciò per l' incertezza giuridica del concetto di «future generazioni», che vorrebbe identificare nel presente uno «*status*» spettante a soggetti solo potenziali. Tuttavia, è bene rilevare che la protezione aggiunta nella Carta costituzionale attiene agli interessi - e non certo ai diritti di tali generazioni - e che l' «interesse» rappresenta un obiettivo tendenziale che la Repubblica deve perseguire, un esplicito parametro del giudizio di costituzionalità delle leggi. Quell' «anche» poi conferisce al dovere attuale di tutela dell' ambiente un carattere intertemporale, nel senso che l' azione di tutela posta in essere oggi e per «l' oggi» dovrà necessariamente considerare le potenziali implicazioni sul domani - e quindi sulle generazioni future - così da attualizzare una tutela nei loro confronti» (GUERRA e MAZZA, *La proposta di modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 novembre 2021, p. 126). Ai sensi del nuovo art. 41 Cost., invece, l' esercizio della libertà di iniziativa economica non potrà più nuocere alla salute a all' ambiente (oggi inteso in senso ampio, quale complesso sistema di risorse naturalistiche, umane e sociali) e sarà, al contempo, sottoposto a controlli, allo scopo precipuo di indirizzarlo a fini ecologisti. È stato posto, così, un ulteriore limite esterno all' iniziativa economica privata.

<sup>53</sup> Si veda l' art. 25 della proposta di direttiva.

controllare l'attuazione delle misure di vigilanza predisposte dalle proprie imprese, in esecuzione dell'obbligo di *due diligence*<sup>54</sup>. A tal fine è prevista, sulla scia dell'esperienza francese, l'obbligatoria redazione di un piano d'azione, con scadenze definite e indicatori qualitativi e quantitativi che ne misurino i miglioramenti<sup>55</sup>. Interessante è anche l'art. 15 in cui è introdotto l'obbligo di valutare il rischio di impatti negativi sul clima, derivante dalle operazioni d'impresa, in relazione all'obiettivo assunto con l'accordo di Parigi<sup>56</sup>. All'art. 22, invece, è stato previsto come gli Stati membri debbano prevedere che le imprese rispondano dei danni causati dal mancato adempimento degli obblighi di *due diligence* in materia ambientale e di protezione dei diritti umani, salvo che si tratti di impatti ascrivibili alle attività di un *partner* indiretto (a meno che l'azione intrapresa dal *partner* non sia del tutto inadeguata in relazione alle circostanze del caso concreto). E che l'imputazione della responsabilità della capogruppo non pregiudica quella delle società controllate e dei *partner* contrattuali.

Pur sancendo il tanto atteso obbligo di *due diligence*<sup>57</sup>, la proposta ha suscitato non poche perplessità.

Il criterio per circoscrivere *ratione personae* il campo d'applicazione della direttiva appare poco convincente. Il numero dei dipendenti o il fatturato<sup>58</sup> non costituiscono indicatori affidabili circa gli impatti negativi di un'impresa sulla sua catena del valore. A ciò si aggiunga che la norma si presta a facile elusione (essendo sufficiente l'adozione di strategie di *outsourcing* per sfuggire alla sua applicazione) e il non meno importante mancato coordinamento con la direttiva sulla rendicontazione societaria sulla sostenibilità, che si applica a tutte le grandi imprese e a quelle minori quotate in borsa<sup>59</sup>.

Diverse sono le carenze della proposta che mostrano quanto sia distante dall'effettiva attuazione dei principi guida Onu. In essa è previsto, ad esempio, che gli obblighi di *due diligence* trovino applicazione anche alle operazioni che sono condotte lungo le catene del valore da partner commerciali con cui l'impresa mantiene un "rapporto d'affari consolidato". Espressione, questa, mutuata dalla *loi* francese del 2017 che si discosta dal principio 17 lett. a, secondo cui lo standard di *due diligence* per le catene di fornitura è individuato attraverso il collegamento diretto tra l'impatto negativo sui diritti umani e le operazioni, i prodotti e i servizi dell'impresa per il tramite delle sue relazioni commerciali. Così con la proposta di direttiva oltre ad escludere dall'ambito d'applicazione gli impatti negativi derivanti da relazioni d'affari

<sup>54</sup> *Ivi* art. 26.

<sup>55</sup> *Ivi* art. 7.

<sup>56</sup> L'Accordo è stato concluso a Parigi in occasione della Cop21 del 2015. Esso è ancorato ai risultati del V Rapporto di valutazione dell'*International Panel on Climate Change*, per cui pone l'obiettivo di stabilizzare l'aumento della temperatura media globale a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali, o almeno di mantenere l'aumento ben al di sotto dei 2°C. A tal fine è stata stabilita una riduzione dei gas ad effetto serra del 45% rispetto ai livelli del 2010, per poi arrivare a zero emissioni entro il 2050. Il testo dell'accordo di Parigi è disponibile sul sito [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:22016A1019\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:22016A1019(01)). Per un approfondimento: BOMPAM E., *Il mondo dopo Parigi. L'accordo sul clima visto dall'Italia: prospettive, criticità e opportunità*, Edizioni ambiente, 2014; LOMBROSO L., *Ciao fossili. Cambiamenti climatici resilienza e futuro post carbon*, artestampa, 2016. Per un quadro della

<sup>57</sup> Sono stati previsti obblighi di verifica e di prevenzione degli impatti negativi che l'attività d'impresa produce sui lavoratori, sui consumatori, sulle comunità vulnerabili e sugli ecosistemi.

<sup>58</sup> Il campo d'applicazione è circoscritto alle grandi imprese aventi un fatturato superiore a 150 milioni di euro e più di 500 dipendenti, le quali sono responsabili per le violazioni generate direttamente o indirettamente dalle loro attività. Nei settori ad alto rischio (come il settore tessile, della pesca, dell'agricoltura, della silvicoltura e della lavorazione dei prodotti alimentari) bastano 250 dipendenti e un fatturato superiore a 40 milioni. L'obbligo di *due diligence* si applicherà non solamente alle imprese in possesso di tali condizioni disciplinate dal diritto di uno Stato membro, ma anche a quelle che, sebbene disciplinate da un Paese terzo, operino all'interno del mercato dell'Ue e soddisfino uno dei due requisiti.

<sup>59</sup> Le piccole imprese sono state escluse per evitare di porre sulle stesse oneri eccessivamente elevati (e quindi sproporzionati) in termini di risorse finanziarie ed amministrative, necessari per la predisposizione e l'attuazione di meccanismi di *due diligence*, non essendo abituate tali realtà a meccanismi di vigilanza ed essendo sfornite del *know-how* e del personale specializzato.

non durature, ma comunque caratterizzate da impatti gravi e severi sui diritti umani e sull' ambiente, si consente all' impresa di sottrarsi dall' applicazione della normativa semplicemente cambiando regolarmente i fornitori.

Anche l' ambito d' applicazione *ratione materie* ha destato perplessità: diversamente da quanto sancito nel principio Onu n. 12, che fa riferimento all' intero spettro dei diritti umani, "l' impatto ambientale negativo" e "l' impatto negativo sui diritti umani" - di cui si parla nella proposta di direttiva - sono dedotti dalla violazione dei divieti e degli obblighi derivanti da quelle convenzioni internazionali in materia ambientale e da quegli strumenti internazionali sui diritti umani elencati nelle Parti I e II dell' Allegato alla direttiva.

Restano, poi, i numerosi ostacoli di accesso alla giustizia civile. Non è previsto alcun rimedio al costo elevato delle spese legali, ai termini brevi di denuncia, all' onere della prova sproporzionato rispetto alla forza delle controparti<sup>60</sup>. Tutti fattori che impediscono l' accesso all' equo processo e la realizzazione di una responsabilità sostanziale<sup>61</sup>.

Il conseguimento dell' obiettivo della sostenibilità e della creazione di valore nel lungo periodo, fissato dalle più recenti politiche economiche e regolatorie europee, dipenderà anche dall' utilizzo che verrà fatto delle tecnologie digitali a livello dell' organizzazione e dell' amministrazione d' impresa<sup>62</sup>. I risvolti positivi di questo connubio sono stati già confermati dalle prime evidenze scientifiche che hanno dimostrato come la potenza cibernetica dell' intelligenza artificiale renda possibile il superamento di alcuni limiti operativi che hanno fino a ieri impedito una compiuta realizzazione degli obiettivi in questione, permettendo, ad esempio, l' interoperabilità e l' interconnessione tra diverse tecnologie e una più efficiente implementazione di tecniche di energia rinnovabile<sup>63</sup>. E di ciò si è reso conto anche il legislatore europeo che ha inserito tra le aree di intervento prioritarie quella della trasformazione digitale, di cui all' art. 3 del dispositivo per la ripresa e la resilienza, essendo significativamente collegata alla transizione verde e alla crescita intelligente, sostenibile, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante connotato da un rafforzamento delle piccole e medie imprese<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Non esistendo nella maggior parte dei Paesi membri dell' UE un diritto d' accesso alle informazioni che siano in possesso della parte convenuta o di una terza parte quando tali informazioni siano rilevanti per comprovare le rivendicazioni delle vittime.

<sup>61</sup> L' efficacia della proposta è messa in discussione dalla stessa Commissione. Sul punto si v. Commissione UE, *Relazione alla Proposta di Dir. di modifica delle normative europee in tema di comunicazione societaria sulla sostenibilità*, in <https://ec.europa.eu>, Bruxelles, 21 aprile 2021, COM (2021) 189 final, p. 3, in cui la commissione ha affermato che «Il motivo è che alcune imprese da cui gli utenti si aspettano informazioni sulla sostenibilità non le comunicano, mentre molte delle imprese che invece le comunicano omettono alcune informazioni che sono tuttavia pertinenti per gli utenti. Le informazioni, ove comunicate, sono spesso non abbastanza attendibili e non abbastanza comparabili tra le varie imprese (...)».

<sup>62</sup> Interessante in tal senso il contributo di G. SCHNEIDER, *Intelligenza artificiale, governance societaria e responsabilità sociale d' impresa: rischi e opportunità, II seconda parte*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2022, 4, p. 925. L' A., in particolare, mette in luce l' interdipendenza caratterizzante la digitalizzazione e la sostenibilità d' impresa, evidenziandone le criticità.

<sup>63</sup> VINUESA, *be Role of Artificial Intelligence in Achieving the Sustainable Development Goals*, in *Nature Communications*, 2020, 233, p. 11.

<sup>64</sup> Sotto questo profilo va menzionato il Rapporto *Assonime* sui "doveri degli amministratori e sostenibilità", nel quale la "digitalizzazione di imprese e organizzazioni" è individuata come "driver fondamentale di evoluzione verso la sostenibilità". Ancor prima, nel Rapporto *Consob* 2019 sulla rendicontazione delle informazioni non finanziarie delle società quotate, "l' utilizzo di sistemi avanzati e tecnologici di raccolta dati e ascolto degli stakeholder" è stato annoverato tra le condizioni per una più puntuale *compliance* da parte delle società quotate rispetto agli obblighi di pubblicazione delle informazioni non finanziarie, in particolare di cui alla dir. n. 95/2014 UE. Inoltre, si consideri che nella direttiva in materia di comunicazione societaria sulla sostenibilità, sopra analizzata, è sottolineata l' opportunità in termini di efficienza e abbattimento dei costi connesse alla digitalizzazione dei bilanci e delle relazioni sulla gestione. Infine, si ricordi che la Commissione europea ha pubblicato nel



L' utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale potrebbe facilitare il dialogo con gli *stakeholder* richiesto dal Codice di *Corporate Governance* e quindi l' individuazione degli interessi sociali rilevanti per la specifica impresa. Inoltre, sistemi predittivi possono costituire un supporto utile ad orientare le scelte gestionali dell' organo amministrativo al fine di un efficiente perseguimento degli interessi identificati. Si consideri, poi, che questi sistemi potrebbero agevolare la comunicazione a soggetti terzi – ad esempio, i consulenti assicurativi e di investimento, o anche le autorità di vigilanza – degli stessi interessi sociali rilevanti e delle strategie gestionali adottate per perseguire questi, ovvero la diffusione al mercato di informazioni relative ai fattori *ESG* (*environmental, social, governance*) in adempimento agli obblighi normativamente predisposti.

L' utilizzo degli strumenti informatici, però, è anche sinonimo di nuovi rischi di sostenibilità, proprio relativi ai possibili usi distortivi e fraudolenti della tecnologia, come avvenuto nel noto caso *Dieseldate*<sup>65</sup>.

---

novembre 2020 uno studio specificamente riguardante *Sustainability-related Ratings, Data and Research*, dove viene illustrato lo stato dell' arte relativamente ai sistemi automatizzati esistenti ad oggi nell' Unione, appositamente strutturati per carpire e analizzare informazioni in materia di CSR, e in grado di monitorare gli attuali livelli e le prospettive evolutive nella effettiva attuazione delle politiche di responsabilità sociale d' impresa.

<sup>65</sup> La sentenza che si segnala è stata pronunciata il 7 luglio 2021 dal Tribunale ordinario di Venezia, sezione II civile, a definizione del caso *Dieseldate*, lo scandalo sulle emissioni inquinanti che nel 2016 ha interessato il Gruppo Volkswagen. Per un commento si veda, TECK-AYADURAI-CHUA-LIANG-SOROOSHIAN, *Sensemaking Corporate Social Responsibility, Reflexive Organisational Change and Moral Transponse, the Case of Volkswagen 'Diesel Dupe' Crisis*, in *JMS*, 2020, 10, p. 66.

## NOTE

## Il diritto all' immagine del bene culturale

Trib. Firenze, 11 aprile 2022, Pres. Governatori rel. – Ministero della Cultura – Studi d' Arte Cave – Michelangelo s.r.l.

### **Beni culturali – utilizzo immagine a scopi commerciali – svilimento bene culturale – volgarizzazione opera d' arte – pericolo di danno irreversibile – danno immateriale al bene culturale**

L' utilizzo dell' immagine del David nel sito di una impresa commerciale, che persegue indubbiamente scopi di lucro, è idoneo a svilire l' immagine del bene culturale facendolo scadere ad elemento distintivo delle qualità della impresa che, attraverso il suo uso promuove la propria immagine, con uso indiscutibilmente commerciale, che potrebbe indurre terzi a ritenere siffatto libero utilizzo lecito o tollerato. È ammissibile la tutela d' urgenza in quanto la volgarizzazione dell' opera d' arte e culturale e la riproduzione senza il preliminare vaglio ad opera delle autorità preposte con riferimento alla compatibilità tra l' uso e il valore culturale dell' opera, crea il pericolo di un danno irreversibile per tutti quegli usi che l' autorità preposta dovesse giudicare incompatibile, inibendola. Infatti poiché il danno all' immagine dell' opera pubblica è un danno anche immateriale al bene culturale per il suo valore collettivo, già sopra richiamato e che di seguito si viene ad approfondire, tale valore subirebbe un irreversibile pregiudizio nelle more della definizione della causa di merito.

### **Beni culturali – Diritto all' immagine dei beni culturali – riproduzione non autorizzata – diritto all' immagine del bene culturale – tutelabilità**

Sussiste nel nostro ordinamento giuridico un pieno ed effettivo diritto all' immagine dei beni culturali ricavabile dagli articoli 107 e 108 del d.lgs. n. 42 del 2004, la cui ratio delinea saldamente la tutela di un aspetto di carattere anche non patrimoniale attinente alla riproduzione del bene culturale. L' utilizzo o la riproduzione non autorizzati da parte di terzi di un bene culturale, a qualsivoglia fine, possono comportare la lesione del diritto all' immagine del bene stesso tutelabile in sede giudiziaria.

Artt. 107, 108 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; art. 9 Cost.

#### **Ordinanza:**

1. Con reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. depositato in data 17.02.2022, il Ministero della Cultura, già Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, ha chiesto, in riforma dell' ordinanza resa dal Tribunale di Firenze nel procedimento RG n. 2992/2021 in data 31.01.2022: di accertare e dichiarare l' utilizzo non autorizzato da parte della società (...) s.r.l. ai fini commerciali delle immagini riproducenti il (...); di inibire a (...) s.r.l. l' utilizzo ai fini commerciali dell' immagine del (...) in qualunque forma e/o strumento, anche informatico sui propri siti internet e su tutti gli altri siti e social di sua competenza; di ordinare a (...) s.r.l. la rimozione delle immagini riproducenti il (...) o parti di esso, pubblicate all' interno dei siti della società; di ordinare a (...) s.r.l. il ritiro dal commercio e la distruzione di tutti gli strumenti utilizzati per produrre e/o commercializzare l' immagine del (...), sia presso la società convenuta che presso terzi che li detengano e/o ne facciano commercio e/o ne abbiano, comunque, la disponibilità; nonché inibire ogni utilizzo futuro della statua o delle statue del (...) realizzate dalla società (...) s.r.l.; di

condannare (...) s.r.l. al pagamento di una penale, da quantificare nella misura di Euro 10.000,00 o nella diversa misura ritenuta di giustizia, per ogni giorno di ritardo nell' esecuzione del provvedimento cautelare, o anche per il caso di eventuale ripresa dell' utilizzo abusivo dopo la sospensione dell' attività illecita per ordine del giudice; di disporre la pubblicazione della sentenza ai sensi dell' art. 120 c.p.c., a cura e spese delle società convenute, per esteso, a caratteri doppi del normale, per tre volte, anche non consecutive, su due quotidiani a diffusione nazionale, su due quotidiani a diffusione locale e su due periodici a carattere nazionale, anche nelle loro versioni online, nonché sul sito internet, su youtube e sulla pagine Instagram della società (...) s.r.l., stabilendo altresì il termine per l' inserzione, scaduto il quale potrà procedervi la parte a favore della quale è stata disposta, con diritto di ripetere le spese dalle obbligate.

Con vittoria di spese.

2. In data 01.04.2022 si è costituita la società (...), in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, (...) chiedendo: nel rito, di dichiarare sia per la fase cautelare che per quella successiva di merito a cognizione piena la propria incompetenza territoriale in favore alternativamente del Tribunale di Massa o del Tribunale di Roma; in via cautelare: respingere tutte le istanze cautelari ex adverso avanzate difettando sia il fumus boni iuris che il periculum in mora; nel merito nella fase a cognizione piena: respingere tutte le domande avanzate da parte attrice in quanto infondate in fatto ed in diritto, oltre che nulle per indeterminatezza del petitum, prescritte e comunque non provate; nella ipotesi denegata e non creduta che la domanda attrice in relazione alla campagna (...) possa trovare accoglimento totale o parziale, salvo in ogni caso gravame sul punto, accertare e dichiarare il concorso di (...) nella causazione di eventuali danni nella misura minima e marginale che sarà ritenuta congrua e di giustizia, ritenendola del tutto estranea alla attività di merchandising e/o all' allestimento di show-room proprie della co-convenuta (...) spa; nella ipotesi che permangano dubbi in merito alla lettura degli artt. 106, 107 e 108 c.b.c. "a) voglia rimettere alla Corte di Giustizia dell' Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: "E' compatibile con il diritto dell' Unione Europea, e in particolare con la Direttiva 2006/116/CE concernente la durata di protezione del diritto d' autore e di alcuni diritti connessi, una disciplina nazionale che regolamenti l' uso delle opere artistiche classificate come beni culturali custoditi dalla pubblica amministrazione e che riconosca un diritto esclusivo di utilizzazione economica sulla riproduzione, in qualsiasi forma e modo, di tali opere artistiche contro sfruttamenti economici non autorizzati, senza limiti temporali e in ogni caso oltre i termini della protezione del diritto d' autore ?" b) Voglia rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli art. 106 -107 e 108 CBC nella parte in cui impongono sostanzialmente una imposta al contribuente in violazione del diritto di libertà economica privata tutelato dall' art 41 della Costituzione nonché in misura fissa tale da violare il principio di capacità contributiva del contribuente e di progressività della tassazione tutelati dall' art. 53 della Costituzione. Si è riportata alle istanze istruttorie di cui alla comparsa. La società costituita ha eccepito l' incompetenza territoriale deducendo che il presunto illecito si sarebbe compiuto a Carrara e stante il fatto che la prospettazione della domanda attorea in forza della quale si sarebbe radicata la competenza presso il foro di Firenze troverebbe un limite invalicabile in una prospettazione dei fatti artificiosa, ictu oculi infondata e finalizzata a sottrarre la controversia al giudice preconstituito per legge. Si è costituita (...) S.p.A. dichiarandosi estranea al reclamo promosso dal Ministero, non essendovi domande cautelari proposte nei propri confronti e ha riservato le proprie difese alla fase di merito.

3. Preliminarmente deve essere rigettata l' eccezione di incompetenza territoriale, condividendosi integralmente le ampie e articolate motivazioni al riguardo già spese dal dott. (...) con l' ordinanza del 31.1.2022 e 2.2.2022, laddove ha rilevato che il luogo in cui il danno si è prodotto è Firenze - luogo nel quale il bene culturale è custodito, con un notorio intenso legame tra l' opera e la storia del territorio, bene del quale è consegnataria la Galleria dell' Accademia di Firenze, alla quale deve essere chiesta l' autorizzazione per la riproduzione e l' uso, con incasso dei corrispettivi relativi - e pertanto il Tribunale di Firenze è il foro competente ai sensi dell' art. 20 c.p.c.

4. Parimenti il Tribunale ritiene infondata l'eccezione di difetto di legittimazione attiva del Ministero della Cultura, sulla quale parimenti rinvia alla motivazione del dott. (...) delle medesime ordinanze sopra richiamate, nelle quali il Giudice ha dato appropriatamente conto del quadro normativo in relazione al quale il Ministero ha correttamente agito, con la difesa dell'Avvocatura di Stato.

5. Con il reclamo il Ministero contesta la valutazione di assenza del requisito del periculum in mora, effettuata in seno all'ordinanza del Dott. (...), il quale ha ritenuto che, con riferimento al dedotto utilizzo abusivo dell'immagine del (...) a fini pubblicitari sul sito (...), l'azione cautelare risulterebbe essere stata proposta quattro anni dopo la condotta assunta come abusiva ed illecita, di tal ch  non sarebbe ravvisabile un pericolo di pregiudizio imminente ed irreparabile a fronte di una situazione che perdura stabilmente da svariati anni.

Va premesso che il Giudice di prime cure ha accuratamente ricostruito le impostazioni giurisprudenziali che ravvisano il periculum in re ipsa, sull'assunto che la contraffazione crei sempre un pericolo attuale tendenzialmente irreversibile e perch  i danni sono difficilmente quantificabili e risarcibili all'esito del procedimento ordinario. Pur condividendosi in linea astratta l'impostazione del giudice sul rilievo che possa assumere (a ben vedere soprattutto in tema di tutela del diritto d'autore) il lungo protrarsi della situazione della cui lesivit  si controverta, per denegare il riconoscimento del periculum e di una protratta tolleranza nel tempo ad opera della parte lesa, tuttavia il Tribunale ritiene di dissentire al riguardo in punto di fatto. In primo luogo non pu  che convenirsi con il reclamante circa l'assenza in atti di elementi per ritenere che il Ministero monitorasse i siti di (...) srl, e di come risulti pressocch  impossibile un costante monitoraggio del web, considerato che la ricerca della stringa "(...) Michelangelo" nei principali motori di ricerca produce complessivamente 38.990.000 di risultati (circostanza non contestata e ragionevolmente intuibile).

In tale quadro, risulta piuttosto come nel 2018 venne all'attenzione del Ministero la campagna pubblicitaria (...) intrapresa da (...) spa - apparsa sui principali media italiani - realizzata con l'utilizzo di un clone del (...). Attraverso la ricerca nel web indirizzata ad accertare il proprietario della statua in marmo ed altri possibili utilizzi della statua ad uso pubblicitari, e dunque commerciali, il proprietario era stato individuato in (...) srl, e rinvenuto sul sito (...) della societ  un video che mostrava il montaggio della statua in Piazza (...) (come da report del 29.10.2018 e del 9.11.2018, All. 2 e 5 al ricorso ex art. 700 c.p.c.). Il Ministero aveva quindi proposto prontamente un ricorso cautelare proposto ex art. 700 c.p.c. in data 10.11.2018, chiedendo, tra l'altro, di accertare e dichiarare l'utilizzo non autorizzato a fini commerciali dell'immagine del (...) da parte della Societ  (...) S.r.l. e della Societ  (...) S.p.A. e di inibire alla Societ  (...) S.p.A. ed alla societ  (...) S.r.l. in Italia e su tutto il territorio europeo, l'utilizzo a fini commerciali della immagine del (...) o di parti di esso, in qualunque forma e/o strumento, anche informatico sui propri siti internet e su tutti gli altri siti e social di loro competenza. Opportunamente il Ministero ha documentato come, nel costituirsi in quel giudizio (...) aveva invocato la propria estraneit  alle contestate violazioni e perfetta buona fede esponendo e dichiarando:

"In data 29.11.2018 la Societ  resistente, vista la lettura data ai fatti per cui   causa dal Ministero ricorrente e pur ritenendone la assoluta infondatezza, gi  ha provveduto fin dal 29.11.2018 a far eliminare dalla propria pagina (...), unica piattaforma informatica su cui essa abbia un proprio sito, il video gi  visibile sulla piattaforma (...) all'url "(...)/(...) - (...), realizzato da (...) ritraente la copia del (...) a Milano Piazza (...) del quale il ricorrente al punto e) delle sue Conclusioni ha chiesto la rimozione: la circostanza   comprovata dalla Attestazione/report in data 29.11.2018 della Societ  "Informatica in Azienda" corrente in Bologna (se ne veda in particolare la pg.6 di 8), la cui certificazione ha validit  legale ai sensi del regolamento Europeo UE 910/2014 in esso richiamato, che si allega unitamente al relativo supporto informatico con annessa firma digitale

## SUL FUMUS BONI IURIS

Pur consapevoli del principio "ignorantia legis non excusat" preme sottolineare che la Società esponente in merito alla riproduzione ed utilizzo del (...) ha sempre agito in buona fede senza alcun fine di lucro e certamente senza dolo alcuno, spinta unicamente da motivazioni volte alla promozione culturale dell' arte scultorea e dell' opera stessa.

La società esponente si impegna espressamente a conservare la riproduzione del (...) all' interno del proprio Atelier quale strumento didattico per la formazione degli scultori ed a non consentirne l' utilizzo che le sia richiesto per qualsivoglia ulteriore evento, se non previa richiesta ed autorizzazione da parte della Galleria della Accademia.

La già avvenuta rimozione dalla propria pagina (...) del video ritraente il (...) a Milano Piazza (...) impone di ritenere attendibile il rispetto di tale impegno...". L' odierna reclamata, dunque, in detta sede aveva riconosciuto espressamente i fatti, la configurabilità giuridica della violazione (contestando l' elemento soggettivo in specie sotto il profilo di assenza di intenti commerciali) e non solo aveva documentato di aver proceduto alla rimozione delle immagini del (...) dall' unico sito che dichiarava di possedere, ma aveva altresì assunto l' impegno "a conservare la riproduzione del (...) all' interno del proprio Atelier quale strumento didattico per la formazione degli scultori" - uso certamente lecito e non lesivo del valore culturale del bene - e soprattutto "a non consentirne l' utilizzo che le sia richiesto per qualsivoglia ulteriore evento, se non previa richiesta ed autorizzazione da parte della Galleria della Accademia", così riconoscendo i diritti della Galleria.

Proprio in virtù di tale condotta posta in essere attivamente e dell' impegno ad omettere ogni ulteriore reiterazione il Tribunale con ordinanza del 2.1.2019, preso atto dell' immediatezza con cui erano state rimosse dalla pagina social le immagini del (...) ad opera dell' odierna reclamata, ritenendo tale impegno "senz' altro credibile, in relazione alla buona fede della convenuta desumibile dal fatto che essa non risulta aver mai utilizzato la copia del monumento a fini di proprio lucro", riteneva venuto meno il requisito del periculum in mora. Sennonchè, contrariamente a quanto (artatamente) dichiarato - in assenza di motivo di approfondimenti ad opera del Ministero a fronte del sopra riportato tenore delle difese, è del tutto plausibile ritenere che solo in occasione dell' esercizio dell' azione di merito nei confronti di (...) S.p.A. sia stato scoperto che in realtà (...) utilizzava abusivamente l' immagine del (...) per pubblicizzare la propria attività commerciale sul sito (...) (le successive ricerche portarono all' individuazione del sito ormai dismesso di studidarte.com). E' ovvio che ove il Ministero ne avesse avuto precedente contezza e la (...) non avesse ommesso ogni riferimento ad ulteriori utilizzi, tale conoscenza sarebbe stata spesa nel richiamato giudizio cautelare per ottenere quella tutela che apparve allora superflua a fronte di un' acquiescenza pronta e spontanea alle richieste ministeriali, senza disconoscimento del fondamento giuridico delle stesse.

Tale quadro fattuale smentisce l' assunto - astrattamente corretto - del giudice di prime cure circa l' assenza del periculum in mora fondato sulla considerazione di una cosciente tolleranza protratta nel tempo della situazione che si prospetta come pregiudizievole, che sarebbe incompatibile con l' urgenza.

Vero piuttosto - in punto di fatto, per quanto di rilievo nel presente procedimento - che il Ministero una volta avuta contezza della condotta, si è attivato in sede giudiziale - per il fatto diverso, prima non dedotto e non noto dell' utilizzo dell' immagine del (...) sui propri siti internet da parte dell' odierna reclamata - proprio per evitare la stabilizzazione delle possibili conseguenze lesive della condotta.

Ritiene il Tribunale che l' utilizzo dell' immagine del (...) nel sito di una impresa commerciale, quale è la (...) s.r.l. che è una società a responsabilità limitata (visura CCA doc. 17 da cui emerge che la società esercita la lavorazione artistica del marmo, pietre ed affini, lavori in mosaico e creazione di sculture), la quale in virtù della sua natura societaria persegue indubbiamente scopi di lucro, sia idoneo a svilire l' immagine del bene culturale facendolo scadere ad elemento distintivo delle qualità della impresa che, attraverso il suo uso promuove la propria immagine, con uso indiscutibilmente commerciale, che potrebbe indurre terzi a ritenere siffatto libero utilizzo lecito o tollerato. Si evidenzia che essendovi un indubbio uso dell' immagine del bene culturale, risulta irrilevante che si tratti - per la maggioranza delle immagini, per quanto dedotto, si noti e non per tutte - delle immagini della copia dell' originale realizzata dalla reclamata, tanto più che ciò non è percepibile dal pubblico attenendo unicamente all' essere volto lo sguardo della statua a destra invece che a sinistra con diverso orientamento della fionda.

Ben diversa cosa sarebbe stata e sarebbe il rispetto dell' impegno che opportunamente l' impresa aveva assunto nel precedente giudizio cautelare di conservare la riproduzione del (...) all' interno del proprio Atelier quale strumento didattico per la formazione degli scultori ed a non consentirne l' utilizzo che le sia richiesto per qualsivoglia ulteriore evento, se non previa richiesta ed autorizzazione da parte della Galleria della Accademia.

In definitiva il Tribunale ritiene ravvisabili i presupposti per la chiesta tutela in via d' urgenza evidenziando che per quanto i profili economici possano sempre essere regolati monetariamente, e quindi senza urgenza, tuttavia la volgarizzazione dell' opera d' arte e culturale e la riproduzione senza il preliminare vaglio ad opera delle autorità preposte con riferimento alla compatibilità tra l' uso e il valore culturale dell' opera, crea il pericolo di un danno irreversibile per tutti quegli usi che l' autorità preposta dovesse giudicare incompatibile, inibendola. Infatti poiché il danno all' immagine dell' opera pubblica è un danno anche immateriale al bene culturale per il suo valore collettivo, già sopra richiamato e che di seguito si viene ad approfondire, tale valore subirebbe un irreversibile pregiudizio nelle more della definizione della causa di merito.

Deve peraltro evidenziarsi che è irrilevante con riferimento all' oggetto e scopo dell' odierno reclamo che la società abbia esposto la propria riproduzione del (...) in eventi o manifestazioni culturali di alto livello a titolo gratuito (...), organizzate da istituzioni pubbliche. Deve infatti evidenziarsi come nelle predette circostanze (che non sono qui in alcun modo in contestazione) si è trattato di utilizzi in ambito non commerciale rispettosi del valore simbolico del bene, che non richiedono la speciale autorizzazione oggi in discussione, nelle quali è secondario il sicuro risvolto positivo in termini di immagine da parte dell' impresa. Considerato inoltre come nel procedimento pregresso l' impresa aveva assicurato di aver rimosso ogni immagine del (...) impegnandosi ad astenersi dal ripetere la condotta, è del tutto evidente come risulti inidoneo ad impedire l' adozione del provvedimento la dichiarazione contenuta a pagina 11 della comparsa secondo la quale l' impresa si starebbe attivando per rimuovere dal sito l' unica fotografia che, a proprio dire, potrebbe forse essere riconducibile all' originale del (...).

5. Superata la questione attinente al periculum, deve procedersi all' esame del requisito del fumus boni iuris (assorbito nella pronuncia di prime cure dalla pronuncia sul periculum), ossia della sussistenza del diritto all' immagine del bene culturale ai sensi degli artt. 107 e 108 del D.Lgs. 42/2004, riprendendo ed approfondendo taluni degli argomenti già sopra prospettati Sotto il profilo della interpretazione letterale, si ritiene che il concetto di "riproduzione" è riconducibile al significato più comune della nozione di immagine stessa: per "immagine" si intende non solo la forma esteriore degli oggetti corporei in quanto percepita attraverso il senso della vista, ma anche proprio la forma esteriore di un oggetto corporeo che rimane impressa su di un supporto, in una lastra o pellicola o carta fotografica, su di una memoria

artificiale; la nozione di riproduzione, così, più propriamente evoca il ricorso ad un mezzo meccanico che consente la duplicazione.

Dal punto di vista della interpretazione teleologica, rileva la deroga all'obbligo di autorizzazione in ricorrenza dei presupposti tassativi di cui all'art. 108 co. 3-bis. La tassatività di tali ipotesi derogatorie va in primo luogo a confermare, a contrario, l'esistenza in via generale nell'ordinamento del diritto all'immagine dei beni culturali, garantito attraverso il divieto generale di riprodurre il bene culturale in assenza di autorizzazione. Ulteriormente, la ratio delle fattispecie derogatorie è da individuarsi nella ritenuta compatibilità da parte del legislatore, in astratto, di determinate modalità di utilizzo delle immagini con le finalità ultime della tutela dei beni culturali. Grazie all'elencazione dettagliata delle attività sottratte all'obbligo di preventiva autorizzazione, emerge dunque l'esistenza giuridica di un *quid pluris*, del tutto diverso dal mero sfruttamento economico della riproduzione del bene culturale, che anzi pone su un piano meramente accessorio l'aspetto patrimoniale, giungendo fino alla sua esclusione nei casi individuati dall'art. 108. Pertanto, è tale *quid pluris* il punto focale della tutela. Già sulla base del solo art. 108 co. 3-bis C.B.C., esso è individuabile nella destinazione funzionale dei beni culturali ad essere fruiti in modo culturalmente qualificato e gratuito da parte dell'intera collettività, secondo modalità che portino allo sviluppo della cultura ed alla promozione della conoscenza, da parte del pubblico, del patrimonio storico e artistico della Nazione. La ratio delle disposizioni esaminate, pertanto, saldamente delinea la tutela di un aspetto di carattere anche non patrimoniale attinente alla riproduzione del bene culturale. Tali aspetti essenziali altro non possono configurare che il diritto all'immagine del bene culturale. Già dall'interpretazione teleologica delle singole norme in esame emerge dunque quanto risulta confermato dalla loro interpretazione sistematica, ovverosia che il perseguimento delle finalità ultime individuate dalla normativa di tutela dei beni culturali non può prescindere dalla tutela della loro immagine (ed, infatti, non ne prescinde). Ciò in quanto costituisce fine ultimo della tutela e valorizzazione del patrimonio culturale la sua pubblica fruizione, ai sensi dell'art. 3 co. 1 C.B.C.: "1. La tutela consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione." e dell'art. 6 co. 1 C.B.C.: "1. La valorizzazione consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. (...)" (sottolineature nostre). Ai sensi dell'art. 1 co. 2 C.B.C., il suddetto fine coincide altresì con il fine ultimo di "preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio" e "promuovere lo sviluppo della cultura". Assoluta centralità assumono a tale scopo nel C.B.C. il carattere storico-artistico dei beni culturali e la loro destinazione culturale, alla quale l'art. 106 C.B.C. subordina l'uso individuale dei beni culturali. La fruizione pubblica va dunque interpretata come un "processo di conoscenza, qualificata e compiuta, di un oggetto, di una realtà che diventa parte e patrimonio della cultura singola e collettiva", mentre non costituisce pubblica fruizione qualsiasi mera occasione di pubblicità per il bene culturale. Anche la riproduzione del bene culturale, quale suo uso, può pertanto avvenire solo ove sussistano i caratteri della pubblica fruizione nei termini fin qui chiariti. Ciò è del resto confermato anche dalla collocazione degli artt. 107 e 108 C.B.C. nella Parte II del testo normativo, al Titolo II, rubricato proprio "Fruizione e valorizzazione". Pertanto, non è sufficiente per la legittima riproduzione del bene culturale il pagamento (ancorché *ex post*) di un corrispettivo, poiché elemento imprescindibile dell'utilizzo lecito dell'immagine è il consenso reso dall'Amministrazione, all'esito della valutazione discrezionale circa la compatibilità dell'uso richiesto (e la sua eventuale conformazione) con la destinazione culturale ed il carattere storico-artistico del bene. La natura stessa del bene culturale intrinsecamente dunque esige la protezione della sua immagine, mediante la valutazione di compatibilità riservata all'Amministrazione, intesa come diritto alla sua riproduzione nonché come tutela della considerazione del bene da parte dei consociati oltre che della sua identità, intesa come memoria della comunità nazionale e del territorio, quale nozione identitaria collettiva: tale



contenuto configura un diritto all'immagine del bene culturale in senso pieno. L'oggetto della tutela del patrimonio culturale è infatti ivi individuato anche nella sua funzione identitaria collettiva ("memoria della comunità nazionale"): il patrimonio culturale esprime e conserva il patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico della collettività, la cui protezione viene ad individualizzarsi e concretizzarsi in relazione ai singoli beni culturali. Del resto, una definizione della compatibilità con la destinazione culturale ed il carattere storico e artistico del bene in termini esclusivamente negativi, di assenza di utilizzi in senso stretto denigratori ed offensivi, non risulta conciliabile con la ratio di tutela dinamica e valorizzazione del C.B.C., nonché con la destinazione collettiva del bene culturale individuata dalla Costituzione, che lo tutela come espressione dell'identità collettiva. Pertanto, deve concludersi che l'ordinamento ha configurato in relazione al bene culturale un pieno ed effettivo diritto all'immagine. Del resto, la tutelabilità in giudizio del diritto all'immagine trova ormai sereno riscontro nella giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ. n. 12929/2008; Cass. Civ. n. 8397/2016; Cass. Civ. n. 23401/2015; Cass. Civ. n. 18218/2009). In un'ottica attenta all'evoluzione della prassi degli operatori economici, e della conseguente riallocazione concreta degli interessi nell'ordinamento, la Suprema Corte ha preso atto del corrente processo di emersione delle res materiali quali espressione di profili giuridici immateriali autonomamente rilevanti e suscettibili di tutela, pur in assenza di immediata e diretta riconducibilità alla persona. L'immagine di un bene è dunque cosa diversa rispetto all'immagine del suo titolare. Attesa dunque la già riconosciuta autonomia del diritto all'immagine in relazione a semplici beni non qualificati da particolare rilievo per la collettività, seppur particolarmente noti ed ammirati dal punto di vista commerciale, non risulterebbe affatto ragionevole escludere la tutela di tale diritto con riferimento al bene culturale. Ciò che peraltro era stato espressamente riconosciuto dalla odierna reclamata nel precedente procedimento cautelare laddove aveva esposto che "In merito alla riproduzione ed utilizzo del (...) ha sempre agito in buona fede senza alcun fine di lucro e certamente senza dolo alcuno, spinta unicamente da motivazioni volte alla promozione culturale dell'arte scultorea e dell'opera stessa. La società esponente si impegna espressamente a conservare la riproduzione del (...) all'interno del proprio Atelier quale strumento didattico per la formazione degli scultori ed a non consentirne l'utilizzo che le sia richiesto per qualsivoglia ulteriore evento, se non previa richiesta ed autorizzazione da parte della Galleria della Accademia". Direbbero i latini, con maggiore sintesi "ex ore tuo te iudico".

6. Il Tribunale ritiene opportuno evidenziare che non sono ravvisabili i presupposti per una rimessione all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea circa la durata temporale illimitata dei Beni Culturali oltre i termini posti dalla normativa sul diritto d'autore, considerata la ben diversa dimensione della tutela del bene culturale - per i valori coinvolti come sopra esposto - rispetto alla tutela del mero diritto d'autore.

7. Né si condividono i rilievi circa una presunta violazione della disciplina della tutela dei beni culturali - considerandone l'altissimo rango costituzionale conferito dall'art. 9 Costituzione - per la peraltro del tutto genericamente dedotta eccessività dei canoni di concessione con gli artt. 41 e 53 della Costituzione.

8. Quanto al contenuto del provvedimento da adottare, va disposta la rimozione del sito web (...) (con le specificazioni chieste dalla reclamante) della riproduzione delle immagini riproducenti il (...) o parti di esso, pubblicate all'interno dei siti della società come richiesto, inibendo l'utilizzo non autorizzato delle immagini riproducenti il (...) e della statua o statue in suo possesso del (...). Si ritiene altresì opportuna la determinazione di una penale di Euro 500 al giorno per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento cautelare o di eventuali ripresa di uso abusivo dopo la sospensione dell'attività illecita.

9. Parimenti va disposta la pubblicazione come richiesta, nei termini di cui al dispositivo.

10. Non si ritiene per contro necessario in questa sede cautelare l'ordine di ritiro dal commercio e

distruzione richiesti, che più opportunamente andranno disposti all' esito del giudizio di merito, previa puntuale individuazione e ricognizione, anche al fine di assumere un provvedimento concretamente eseguibile.

#### 11. Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione collegiale, ogni diversa istanza disattesa, in accoglimento del reclamo avverso l' ordinanza n. RG. 2992/2021:

- inibisce a (...) s.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t. l' utilizzo a fini commerciali dell' immagine del (...) in qualunque forma e/o strumento, anche informatico sui propri siti internet e su tutti gli altri siti e social di sua competenza;

- ordina a (...) s.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t. la rimozione delle immagini riprodotte il (...) o parti di esso, pubblicate all' interno dei siti della società, ed in particolare così dettagliate e ricomprendenti le seguenti sezioni del sito: (Omissis)

- condanna (...) s.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t. al pagamento di una penale di Euro 500 per ogni giorno di ritardo nell' esecuzione del provvedimento cautelare a decorrere dal settimo giorno successivo alla comunicazione del presente provvedimento e per il caso di eventuale ripresa dell' utilizzo abusivo dopo la sospensione dell' attività illecita per ordine del giudice;

- ordina la pubblicazione del presente provvedimento a cura e spese dello (...) s.r.l., per esteso, a caratteri doppi del normale, per tre volte, anche non consecutive, su due quotidiani a diffusione nazionale - tra cui il Corriere della Sera - su due quotidiani a diffusione locale - tra cui La Nazione - e su due periodici a carattere nazionale, anche nelle loro versioni on-line, nonché sul sito internet, su youtube e sulla pagina instagram delle società (...) s.r.l., con termine non superiore a giorni 7 dalla comunicazione per l' inserzione, scaduto il quale potrà procedervi il Ministero per la Cultura con diritto a ripetere le spese dall' obbligata, provvedendo altresì a darne idonea documentazione nel procedimento.  
*Omissis.*

## **Il diritto all' immagine del bene culturale**

SANDRO NARDI

Professore associato di diritto privato dell' Università degli Studi di Foggia

Nella pronuncia in commento, il Tribunale di Firenze accoglie una richiesta di inibitoria avanzata dal Ministero della Cultura nei confronti di una società che utilizzava l' immagine del David di Michelangelo a fini commerciali e senza autorizzazione dell' autorità competente. Il provvedimento offre, dunque, l' occasione per soffermarsi sulla questione della tutela dell' immagine dei beni culturali e sull' utilizzabilità degli stessi a fini commerciali.

In the case examined by the Court of Florence, the Italian Ministry of Culture asked the Court to inhibit the use of

Michelangelo's David for advertising purposes. This judgment gives the opportunity to examine the issue of the protection of the cultural heritage and of its use for economic reasons.

SOMMARIO: 1. L' utilizzo dell' immagine dell' opera d' arte per finalità commerciali. – 2. L' immagine del bene culturale come bene in sé. – 3. Il bene culturale tra diritti di privativa, diritto di proprietà e beni comuni. – 4. L' immagine del bene culturale e la sua tutela costituzionale. – 5. Il danno all' immagine del bene culturale. Analogie con il danno ambientale.

1. Il tribunale di Firenze, con una recente ordinanza, ha accolto una richiesta di inibitoria avanzata dal Ministero della Cultura nei confronti di una Società che utilizzava l' immagine del David di Michelangelo a fini commerciali, senza autorizzazione dell' autorità competente<sup>1</sup>. Secondo il giudice fiorentino, invero, l' utilizzo dell' immagine del David nel sito di una impresa commerciale, che persegue evidentemente scopi di lucro, è idoneo a svilire l' immagine del bene culturale, che finisce per scadere a elemento distintivo delle qualità dell' impresa stessa. La volgarizzazione dell' opera d' arte e la sua riproduzione senza il preliminare vaglio dell' autorità preposte con riferimento alla compatibilità tra l' uso e il valore culturale dell' opera crea il pericolo di un danno irreversibile per tutti quegli usi che l' autorità competente dovesse giudicare incompatibili. Infatti, poiché il danno all' immagine dell' opera pubblica è un danno anche immateriale del bene culturale per il suo valore collettivo, tale valore subirebbe un irreversibile pregiudizio. È effettivamente comune l' esperienza di acquistare gadget o oggetti, anche di non particolare pregio, che riproducono opere d' arte, simbolo di una nazione, di una città o più semplicemente di uno specifico luogo turistico, quanto meno al fine di portarsi a casa il ricordo della visita.

È altrettanto frequente vedere la riproduzione dell' immagine di un' opera d' arte in oggetti di uso comune e quotidiano, o anche in capi di abbigliamento. È, a tale riguardo, recente il caso noto alla cronaca e relativo all' azione giudiziaria intentata dagli Uffici di Firenze ai danni dello stilista Jean Paul Gaultier,

---

<sup>1</sup> Trib. Firenze (ord.), 11 aprile 2022, che si può leggere in <https://www.lentepubblica.it/wp-content/uploads/2022/09/Tribunale-di-Firenze-Sentenza-11-Aprile-2022-utilizzo-a-fini-pubblicitari-beni-culturali.pdf>.

Analogamente aveva deciso lo stesso tribunale qualche anno prima, sempre con riguardo al David di Michelangelo: cfr. Trib. Firenze (ord.), 22 novembre 2017 (ined.).

La stessa opera d' arte è stata inoltre oggetto di una vicenda risoltasi stragiudizialmente e conosciuta come “caso *ArmaLite*”, tra l' Italia e una nota impresa statunitense costruttrice di armi, e vertente sull' uso indebito dell' immagine del capolavoro per pubblicizzare una marca di armi da guerra. Si può leggere, a tale riguardo, <https://www.phaidon.com/agenda/art/articles/2014/march/10/italy-v-armalite-over-use-of-michelangelos-david/>.

“reo” di aver impiegato senza autorizzazione l’immagine della Venere di Botticelli, stampata nei capi di abbigliamento della propria casa di moda.

Ci si deve dunque chiedere se ed entro quali limiti un’opera d’arte, o meglio la sua immagine, possa effettivamente essere utilizzata al punto da soddisfare il capriccio di un turista o di un semplice consumatore e, soprattutto, se ciò possa essere consentito a beneficio di imprese che speculano sull’immagine del bene culturale<sup>2</sup>.

Volendo anticipare l’intuibile risposta negativa, dobbiamo anche sin d’ora precisare che i limiti alla riproduzione del bene artistico cambiano a seconda del fatto che il bene stesso sia soggetto a diritti di proprietà intellettuale, ovvero al comune diritto di proprietà, fermi in ogni caso, come vedremo, i principi, ormai associati, in tema di beni comuni.

2. In ogni caso, quel che sembra potersi ipotizzare sta in ciò, che l’immagine riproduttiva del bene culturale è dotata di un valore in sé che diversamente non avrebbe. Il carattere culturale del bene è, infatti, capace di ricondurre l’immagine che lo rappresenta a un insieme di valori, proprio di un determinato popolo, del quale ne costituisce l’identità o comunque ne sottolinea i profili identitari. Il patrimonio culturale è, in questo senso, espressione di una nazione<sup>3</sup>. Non a caso, l’art. 9 della nostra Costituzione, tra i compiti della Repubblica, prevede quello di tutelare il patrimonio storico e artistico della Nazione, che è invero concetto più ampio di quello di Stato, includendo l’idea di popolo, di tradizioni. In questo contesto, si inserisce anche il controllo sulle immagini, sulle riproduzioni dei beni che compongono tale patrimonio.

È certamente pacifico che sul bene culturale possa vantare tutti i diritti il rispettivo proprietario e, ove costui subisca un danno conseguente alla volgarizzazione del bene stesso per effetto di un uso improprio della sua immagine, sarà senz’altro legittimato ad agire per il relativo risarcimento. È altrettanto pacifico

---

<sup>2</sup> Altro caso, sull’argomento, concerne la lite insorta tra Fondazione Teatro Massimo di Palermo e la Banca Popolare del Mezzogiorno a seguito della quale si è pronunciato Trib. Palermo, 21 settembre 2017, che può leggersi in <https://www.laserooffice.it/blog/2017/12/15/testo-integrale-della-sentenza-di-palermo-sulle-riproduzioni-del-teatro-massimo/>, che ha condannato la Banca al pagamento, a favore della Fondazione, del canone previsto dall’art. 108 del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (“Codice dei beni culturali”), quale corrispettivo per l’impiego dell’immagine riproduttiva del Teatro Massimo sul sito della Banca e nelle brochure promozionali delle proprie agenzie.

<sup>3</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3 e segg., secondo il quale «il bene culturale non è bene materiale, ma immateriale: l’essere testimonianza avente valore di civiltà è entità immateriale, che inerisce ad una o più entità materiali, ma giuridicamente è da questa distinta, nel senso che esse sono supporto fisico, ma non bene giuridico».

che ciò spetti tanto alla persona fisica quanto alla persona giuridica<sup>4</sup>, pur se nel rispetto del criterio della compatibilità. Invero, «i soggetti diversi dalla persona fisica potranno vantare la titolarità delle situazioni della persona soltanto nei limiti in cui tali prerogative risultino strettamente necessarie al perseguimento degli scopi ai quali è indirizzata la loro vita istituzionale»<sup>5</sup>.

Ora, il Tribunale di Firenze, con la pronuncia sopra richiamata, evidenzia giustamente che il fine promozionale della cultura coincide con quello ultimo di preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio (art. 1 del “Cod. beni culturali”). Tanto ciò è vero che l’eventuale concessione d’uso individuale dei beni culturali è subordinata, *ex art. 106 del Codice*, alla garanzia della conservazione e della fruizione pubblica del bene, nonché all’assicurazione sulla compatibilità della destinazione d’uso con il carattere storico-artistico del bene medesimo. Lo stesso Giudice aggiunge che «la fruizione pubblica va dunque interpretata come un processo di conoscenza, qualificata e compiuta, di un oggetto, di una realtà che diventa parte e patrimonio della cultura singola e collettiva, mentre non costituisce pubblica fruizione qualsiasi mera occasione di pubblicità per il bene culturale»<sup>6</sup>.

Ora, si tratta, a nostro avviso, di un principio che riteniamo possa valere, con le precisazioni del caso e secondo una lettura costituzionalmente orientata, anche con riguardo alle immagini riprodotte di beni pubblici che non siano consegnati alle amministrazioni pubbliche, essendo invece liberamente visibili al pubblico e, dunque, annoverabili tra i beni comuni.

3. Effettivamente, come sopra anticipato, l’immagine che riproduca il bene artistico è soggetta ad una disciplina specifica a seconda se il bene sia un bene sul quale esistano diritti di proprietà intellettuale, o se invece segua semplicemente la disciplina del diritto di proprietà e, con riguardo a quest’ultima ipotesi, se si tratti di un bene sottratto alla libera vista oppure no<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 852 e segg.; Ar. FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Padova, 2002.

In giurisprudenza, Cass. 11 agosto 2009, n. 18218, in *Danno e resp.*, 2010, p. 471 e segg., secondo cui «la tutela civilistica del nome e dell’immagine, ai sensi degli art. 6, 7 e 10 c.c., è invocabile non solo dalle persone fisiche ma anche dalle persone giuridiche e dai soggetti diversi dalle persone fisiche e, nel caso di indebita utilizzazione della denominazione e dell’immagine di un bene, la suddetta tutela spetta sia all’utilizzatore del bene in forza di un contratto di leasing, sia al titolare dei diritti di sfruttamento economico dello stesso».

<sup>5</sup> Così G. RESTA, *L’immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l’insostenibile leggerezza della logica proprietaria*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 479.

<sup>6</sup> Trib. Firenze, 11 aprile 2022, cit.

<sup>7</sup> Cfr. G. RESTA, *Chi è proprietario delle Piramidi? L’immagine dei beni tra property e commons*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 567 e segg.

Si pensi, con riguardo al primo caso, all' Auditorium "Parco della Musica" il cui progetto architettonico è di Renzo Piano, in capo al quale risiede la titolarità dei relativi diritti di privativa e il conseguente potere di autorizzarne la riproduzione, in qualsiasi forma o modo<sup>8</sup>.

Ove invece sul bene artistico non insista alcun diritto di proprietà intellettuale, perché mai sorto o perché scaduto sì che l' opera è divenuta di pubblico dominio, la disciplina da invocare dovrebbe essere quella generale in materia di proprietà, che consentirebbe, infatti, di ascrivere in capo al *dominus* della *res* anche il diritto della sua riproduzione e l' eventuale conseguente sfruttamento economico di essa<sup>9</sup>, fermo tuttavia il valore intergenerazionale al quale riconduce l' opera d' arte e che non può essere oggetto di proprietà privata, finendo dunque per appartenere a tutti<sup>10</sup>.

Ove, poi, il bene artistico sia in consegna allo Stato o ad un ente pubblico<sup>11</sup>, ma sottratto alla pubblica vista, non può che giocare un ruolo importante la c.d. funzione sociale della proprietà<sup>12</sup> che, nel caso di

---

<sup>8</sup> Cfr. ancora G. RESTA, *Op. cit.*, p. 600, il quale riporta anche l' esempio della struttura del Museo dell' Ara Pacis di Richard Meier.

In argomento, recentemente, cfr. Cass. 8 febbraio 2022, n. 4038 (ord.), in *Danno e resp.*, 2022, p. 459 e segg., con nota di F. BOSETTI, *Artisti senza pace. Mario Schifano e l' anemico paesaggio del diritto esclusivo di riproduzione delle opere d' arte*. Anche in tal caso, secondo la Suprema Corte, il diritto di riproduzione delle immagini spettanti in esclusiva agli eredi del Maestro Schifano non può essere esercitato da terzi senza l' autorizzazione dei titolari della privativa.

<sup>9</sup> Cfr. M. FUSI, *Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrì in pubblicità*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, p. 89 e segg., spec. p. 98, secondo cui «[c]he l' esclusiva dominicale investa anche l' aspetto esteriore della *res* e che il proprietario, in funzione di essa, goda di uno *jus excludendi alios* non può quindi (...) essere negato».

Cfr. anche M. PASTORE, *Prove (a)tecniche di tutela esclusiva dell' immagine dei beni*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 486 e segg., spec. p. 488, secondo cui «qualora in relazione al bene sussista un diritto d' autore o un diritto di privativa per opere architettoniche, disegni o modelli industriali, appare pacifico che rientri tra le facoltà esclusive dell' autore il potere di autorizzare o interdire la riproduzione visiva, fatte salve le c.d. cause di libera utilizzazione poste dalla stella legge nel contemperamento di interessi pubblici. Ma, se sul regime giuridico del bene non incide alcun diritto di proprietà intellettuale, appare più arduo individuare un fondamento di tutela della cosa in sé (...). Tradizionalmente, la categoria giuridica cui maggiormente si è fatto riferimento per ancorare una tutela esclusiva sull' immagine dei beni è stato il diritto di proprietà (...)

V. ancora G. RESTA, *Op. cit.*, p. 584, il quale riporta il caso della riproduzione dei dipinti di Caravaggio presenti nella Chiesa di San Luigi de' Francesi a Roma. I proprietari dell' edificio di culto avevano agito nei confronti della Armando Curcio Editore chiedendo un risarcimento del danno per l' avvenuta riproduzione delle immagini dei dipinti senza autorizzazione. Domanda poi respinta perché tale autorizzazione si era ritenuta sussistente a monte, a favore del fotografo al quale la Società editrice aveva chiesto le foto. Con ciò, in ogni caso, ribadendo che la riproduzione dell' immagine del bene artistico di proprietà privata è vietata senza preventiva autorizzazione.

Analoga conclusione per un altro caso, riguardante un fotografo che si era introdotto clandestinamente nell' abitazione della contessa Marzotto per effettuare foto e riprese di alcuni quadri e disegni di Guttuso presenti nell' immobile, la cui riproduzione veniva effettivamente inibita dal giudice.

<sup>10</sup> Cfr. U. MATTEI, *Beni culturali, beni comuni, estrazione*, in AA.VV., *Patrimonio culturale, profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, p. 147 e segg., spec. p. 152: «Se sono proprietario di un quadro di Picasso di valore inestimabile e voglio farmi cremare con il quadro non posso, anche se esso formalmente è mio. È mio, l' ho comprato, l' ho pagato un sacco di soldi, sono andato all' asta, ma non posso farmi cremare con il quadro di Picasso. Questo perché c' è un valore, che è intergenerazionale di quella produzione artistica che non può essere oggetto di proprietà privata idiosincratca».

<sup>11</sup> È il caso della Galleria dell' Accademia di Firenze, che accoglie il David di Michelangelo, dalla cui vicenda prendono le mosse le presenti considerazioni.

<sup>12</sup> Sulla funzione sociale della proprietà, cfr. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971; ID., *La «funzione sociale» della proprietà nel sistema italo-europeo*, in *Le Corti salernitane*, 2016, p. 175 e segg.; G. CARAPEZZA FIGLIA,

specie, va declinata nel dovere di soddisfacimento degli interessi che derivano propriamente dal carattere culturale del bene.

In tal caso, vale quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 107 e 108 del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (c.d. “Codice dei beni culturali”).

La prima norma, infatti, prevede espressamente che «[i]l Ministero, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono consentire la riproduzione nonché l’uso strumentale e precario dei beni culturali che abbiano in consegna (...)». L’art. 108, invece, così come modificato per effetto della legge 4 agosto 2017, n. 124 (legge annuale per il mercato e la concorrenza)<sup>13</sup>, stabilisce che «[i] canoni di concessione ed i corrispettivi connessi alle riproduzioni di beni culturali sono determinati dall’ autorità che ha in consegna i beni tenendo anche conto: a) del carattere delle attività cui si riferiscono le concessioni d’ uso; b) dei mezzi e delle modalità di esecuzione delle riproduzioni; c) del tipo e del tempo di utilizzazione degli spazi e dei beni; d) dell’ uso e della destinazione delle riproduzioni, nonché dei benefici economici che ne derivano al richiedente. I canoni e i corrispettivi sono corrisposti, di regola, in via anticipata. Nessun canone è dovuto per le riproduzioni richieste o eseguite da privati per uso personale o per motivi di studio, ovvero da soggetti pubblici o privati per finalità di valorizzazione, purché attuate senza scopo di lucro. I richiedenti sono comunque tenuti al rimborso delle spese sostenute dall’ amministrazione concedente. Sono in ogni caso libere le seguenti attività, svolte senza scopo di lucro, per finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale (...)».

Dunque, dal quadro normativo sopra esposto emerge chiaramente che la fruizione del patrimonio culturale per finalità di studio, di ricerca o comunque per attività prive dello scopo di lucro è certamente possibile e forse da incoraggiare. Al contrario, l’ eventuale sfruttamento dell’ immagine del bene culturale per finalità commerciali è subordinato a specifica autorizzazione dell’ amministrazione che lo ha in consegna, e in ogni caso al pagamento di un canone di concessione. La violazione di tale previsione

---

*Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 535 e segg.

<sup>13</sup> La legge n. 124/2017, peraltro, completa quanto già anticipato dal c.d. Art Bonus (d.l. 31 maggio 2014, n. 83) sulla possibilità per i privati di riprodurre liberamente i beni culturali. Sul punto, cfr. E. SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d’ autore: recenti evoluzioni nella valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, p. 63 e segg., nonché dalla legge 9 gennaio 2008, n. 2 che, aggiungendo il comma 1 bis all’ art. 70 della legge sul diritto di autore (L. 22 aprile 1941, n. 633), prevede espressamente che «È consentita la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro». Cfr., in argomento, D. SARTI, *Nota in tema di diritto d’ autore, reti telematiche e libere utilizzazioni per scopi didattici*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2009, p. 368 e segg.

determina un illecito dal quale origina il diritto al risarcimento del danno patrimoniale e, se del caso, anche non patrimoniale<sup>14</sup>.

Ove, infine, il bene culturale sia liberamente visibile (si pensi al Colosseo, alla Fontana del Tritone o alla Fontana di Trevi), per esso deve comunque valere il regime dei c.d. beni comuni<sup>15</sup>. Ora, se i beni culturali in sé già devono includersi tra i beni comuni, che superano cioè il modello del qui e adesso tipico della proprietà privata<sup>16</sup>, tanto più deve dirsi per quelli liberamente visibili. La loro riproduzione, dunque, a prescindere dallo scopo perseguito, si dovrebbe ritenere perfettamente libera e non vincolata ad alcuna autorizzazione preventiva, né al pagamento di qualsivoglia onere concessorio<sup>17</sup>.

4. Una tale soluzione, peraltro, sembrerebbe possa essere rimeditata proprio in considerazione di quanto affermato dalla ordinanza del tribunale di Firenze, ormai più volte richiamata<sup>18</sup>. Invero, riteniamo che il principio di diritto dalla stessa formulato possa valere, con le precisazioni del caso, secondo una lettura costituzionalmente orientata, anche con riguardo alle immagini riprodotte di beni pubblici che non siano consegnati alle amministrazioni pubbliche, essendo invece liberamente visibili al pubblico.

In altri termini, sembra si possa affermare che l'immagine del bene culturale abbia in sé, proprio in quanto rievocativa di un insieme di valori riconducibili a un popolo, una sua autonoma rilevanza, tanto da potersi conseguentemente sostenere che l'immagine è di per sé un bene *ex art.* 810 c.c. meritevole di tutela, non solo secondo le norme che disciplinano la privativa intellettuale o la proprietà in generale, ma anche secondo quelle di diretta derivazione costituzionale. È noto l'insegnamento di Dante, che nel *Convivio* afferma che "il visibile è figura che deve traghettarci all'invisibile". Così, l'immagine riprodotta di un bene culturale è la manifestazione di molto altro, trascendente il bene stesso, che si pone come rappresentazione di una testimonianza del passato, anche a servizio di una prospettiva culturale futura. Il patrimonio culturale è dunque, in questo senso, il collante tra il passato e il futuro di una collettività.

---

<sup>14</sup> Cfr. Cass. 11 agosto 2009, n. 18218, cit.

<sup>15</sup> Sui beni comuni cfr. S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata riscoperta degli usi collettivi*, Napoli, 2018; ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà provata e i beni comuni*, Bologna, 2013; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008; ID., *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1061 e segg.; A. LUCARELLI, *Introduzione: verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2007, 2, p. 3 e segg.; M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 103 e segg.

<sup>16</sup> U. MATTEI, *Beni culturali, beni comuni, estrazione*, cit., p. 152.

<sup>17</sup> G. RESTA, *Op. cit.*, p. 600.

<sup>18</sup> Trib. Firenze, 11 aprile 2022, cit.



D' altronde, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che i beni culturali sono «valori costituzionali primari» che non possono essere subordinati «ad altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici»<sup>19</sup>.

La Costituzione tutela molto più che una *res*<sup>20</sup>; tutela un valore qual è quello culturale. Va da sé, dunque, che all' uso dell' immagine del bene culturale, proprio in quanto evocativo di un valore riconducibile a una Nazione, deve corrispondere una specifica tutela che deriva da una applicazione diretta dell' art. 9 Cost. La tutela del patrimonio artistico, in altri termini, non potrà che avere anche una sua specifica declinazione in termini di controllo sulla riproduzione delle immagini che di tale patrimonio eventualmente si faccia. Si potrebbe, per certi versi, azzardare ad un paragone con quanto accade con riguardo agli edifici che, nonostante la loro originaria destinazione, non possono tuttavia più in alcun modo essere adibiti al culto divino, per i quali è previsto, tutt' al più, un *usum profanum non sordidum* (can. 1222 del Cod. dir. can.).

Ora, a maggior ragione, l' immagine del bene culturale, che a differenza dell' edificio adibito al culto divino, non può certamente perdere il proprio carattere (culturale appunto), non può essere strumentale a finalità indecorose. E, verosimilmente, lo sarebbe se fosse utilizzata per scopi commerciali e non fosse, invece, la mera espressione della creatività artistica e del messaggio proprio di chi la usa<sup>21</sup>. E lo sarebbe anche se l' immagine fosse utilizzata per finalità che possano, in qualche modo, cancellare o affievolire la memoria o la tradizione cui il bene culturale rinvia.

5. Le considerazioni appena svolte ci inducono ad una analogia tra i beni culturali e l' ambiente, non a caso contemplati nel medesimo art. 9 Cost. Anche l' ambiente, in effetti, costituisce un valore collettivo, la cui lesione determina, indubbiamente, una serie di responsabilità, anche di natura civile. Il principio per cui “*chi inquinava paga*” proprio della tutela dell' ambiente potrebbe essere forse declinato nella specifica versione secondo cui “*chi deturpa paga*” con riguardo ai beni culturali.

In ragione di tale principio, invero, si spiega, ad esempio, la norma *ex* art. 160 del Codice dei beni culturali, secondo cui «[s]e per effetto della violazione degli obblighi di protezione e conservazione (..) il bene culturale subisce un danno, il Ministero ordina al responsabile l' esecuzione a sue spese delle opere necessarie alla reintegrazione»<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Corte Cost., 24 giugno 1986, n. 151, in *Giur. cost.*, 1986, n. 3, p. 1010 e segg., con nota di A. ANZON, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra le competenze statali e regionali*.

<sup>20</sup> Alla cui tutela è strumentale la legge ordinaria. Si pensi al Codice dei Beni Culturali, ma anche alla recente riforma *ex* L. 9 marzo 2022, n. 22, che ha introdotto nel Codice penale le “Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale”.

<sup>21</sup> Si pensi alla Gioconda con i baffi di Marcel Duchamp, voce del Dadaismo, notoriamente contrario ai valori e alle regole del mondo occidentale, e ordinato invece al raggiungimento di una libertà creativa, fuori da ogni schema tradizionale.

Dunque, al pari di quanto accade in tema di danno ambientale<sup>23</sup>, anche nel caso di danno al patrimonio culturale la legittimazione attiva sembra doversi individuare in capo al Ministero. Le persone fisiche o gli enti che dovessero in qualche modo sentirsi colpiti dal danno al patrimonio culturale, e dunque alla propria identità secondo quanto sopra esposto, o che vantino un interesse tale da legittimare la partecipazione al procedimento relativo all'adozione di misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino, non possono far altro che sollecitare l'intervento statale.

In questo senso, e specificamente in ragione della potenziale lesione dell'identità culturale, si potrebbe dunque ipotizzare che il meccanismo di tutela dell'immagine del bene culturale sia analogo a quello che opera per la tutela dei diritti della personalità, nella specie di quello, appunto, a non veder travisati i propri valori, le proprie tradizioni, la propria cultura, che, data la natura collettiva, devono essere tutelati per il tramite del Ministero competente.

---

<sup>22</sup> Cfr. Cons. Stato, VI sez., 28 ottobre 2010, n. 7635, in *Giur. it.*, 2011, p. 676 e segg., secondo cui «ai sensi dell'art. 160, comma 4, D. Lgs n. 42/2004, qualora, a seguito di danno a bene culturale, non ne sia possibile la reintegrazione, il responsabile deve corrispondere allo Stato una somma pari al valore della cosa perduta o alla diminuzione di valore subita dalla stessa».

<sup>23</sup> Come noto, infatti, il D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. "Codice dell' Ambiente") riconosce al solo Ministero dell' Ambiente e della tutela del territorio e del mare la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale, così come si evince dall' art. 311, comma 1, accordando per il medesimo pregiudizio ai privati cittadini solo una facoltà sollecitatoria nei confronti dell' ente predetto (art. 309, comma 1): «Le regioni, le province autonome e gli enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all' adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino previste dalla parte sesta del presente decreto possono presentare al Ministro dell' ambiente e della tutela del territorio e del mare, depositandole presso le Prefetture - Uffici territoriali del Governo, denunce e osservazioni, corredate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l' intervento statale a tutela dell' ambiente a norma della parte sesta del presente decreto».

## **L' illecito sfruttamento *online* dell' immagine e dello pseudonimo del *testimonial*: spunti di comparazione con il sistema tedesco**

Trib. Milano, sez. spec. impresa, 6 giugno 2018, n. 6355 – Pres. Marangoni, rel. Dal Moro – Lidia Corp. e Elisabetta Canalis (avv. Morretta); Lormar s.r.l. (avv. Bartolani).

### **Diritto all' immagine – Tutela del nome e dello pseudonimo – Necessità del consenso – Termini contrattuali – Danno patrimoniale e non patrimoniale**

*L' indebito utilizzo dell' immagine, del ritratto e del nome, senza il consenso della testimonial ed oltre i termini previsti dal contratto, comporta l' obbligo di risarcire sia il danno patrimoniale, per lo sfruttamento degli stessi a fini commerciali e per lo svilimento dell' interessata, sia il danno non patrimoniale per la lesione dell' immagine della "persona" e per l' uso abusivo del suo nome/pseudonimo.*

Art. 2043 c.c.; Artt. 6-7-9-10 c.c.; Art. 8, co. 3, D. Lgs. 30/2005; Artt. 96-97 L. 633/1941

**Provvedimento Tribunale di Milano:** – *Omissis* Ciò premesso si osserva: E. C. ha concesso lo sfruttamento dei propri diritti d' immagine alla società di diritto statunitense Lidia Corp., che, in data 7 novembre 2012, ha concluso con Lormar un contratto di testimonial (doc. 1). Con tale contratto, Lidia ha concesso a Lormar lo sfruttamento esclusivo dell' immagine e del nome di E. C. dal 1° marzo 2013 al 31 marzo 2014, limitatamente al settore intimo e corsetteria ed al territorio italiano, verso un compenso onnicomprensivo di E 110.000,00 (doc. 1, artt.4, 5 e 6). In esecuzione del contratto, Lormar ha realizzato diverse fotografie ritraenti E. C. con i propri prodotti da utilizzare per cataloghi (doc. 2 - 5), cartellonistica, pagine pubblicitarie e siti Internet, packaging, cartelli vetrina ecc. Nel contratto le parti avevano espressamente previsto che E. C. dovesse approvare tutte le fotografie utilizzate da Lormar (art. 3.10, doc. 1), vietando qualsiasi manipolazione della figura della testimonial senza la sua espressa autorizzazione, specificando che la mancata autorizzazione a dette modifiche sarebbe stata considerata ‘ danno per l' immagine dell' artista e come inadempimento dell' intero rapporto contrattuale’ (doc. 1, art. 3.9). Infine Lormar si era impegnata a non ‘ fare alcun altro uso dell' immagine della testimonial oltre quello espressamente previsto nel presente accordo’ e a non servirsi del materiale prodotto in esecuzione del contratto in forme o per scopi diversi da quelli pattuiti (doc. 1, art. 2.2. penultimo paragrafo). Risulta dunque dallo stesso chiaro tenore degli accordi contrattuali, che, successivamente alla scadenza del contratto (31 marzo 2014, doc. 1, art. 6), Lormar non avrebbe, quindi, più potuto utilizzare ‘ in nessun

modo e forma, il materiale pubblicitario realizzato, ad esclusione dei pack che verranno utilizzati fino ad esaurimento delle scorte distribuite' (doc. 1, ultimo paragrafo art. 2.2); anche la possibilità di utilizzare l'immagine di E. C. attraverso il sito web di Lormar (--omissis--) era espressamente limitata al solo ' periodo di validità del presente contratto' (art. 2.2. lett. e) - doc. 1). A) I fatti accertati Ciò detto quanto al perimetro e al contenuto degli accordi negoziali raggiunti, si osserva che dai documenti prodotti in causa risulta che Lormar ha continuato a sfruttare l'immagine, il ritratto ed il nome di E. C. oltre il termine contrattuale: 1. almeno fino al 16 dicembre 2014, Lormar ha infatti mantenuto sul proprio sito web (--omissis--) le fotografie di E. C. realizzate in esecuzione del contratto (docc. 12, 13 e 32): questa circostanza e` dimostrata da alcuni estratti del sito web di Lormar, tracciati attraverso il servizio ' Web Archive - Wayback Machine' (--omissis--); 1.a) Lormar ammette di aver utilizzato le immagini di E. C. fino al 28 aprile 2014, ma adduce l' infondata giustificazione di una insussistente proroga contrattuale che sarebbe da ravvisarsi nella circostanza che il sig. R. R.(agente di E. C., e non già di Lidia, unico soggetto titolato a disporre dei diritti di immagine di E. C.), avrebbe invitato Lormar a cessare l' utilizzo dell' immagine della sig.ra C. ' a partire dalla giornata di lunedì 28 aprile 2014 : secondo la convenuta questo ' invito' avrebbe determinato una proroga ' espressa' del termine contrattuale in relazione al diritto di utilizzare l' immagine della C.; in realtà, anche a prescindere dalla carenza in capo al R. di poteri in proposito, la pretesa ' proroga' nella proposta dell' agente era chiaramente condizionata alla rinuncia<sup>1</sup> da parte di Lormar a qualsiasi pretesa o azione in merito alla violazione dell' esclusiva merceologica da parte delle attrici altrove contestata dalla convenuta (doc. 11): poiché detta rinuncia non è mai avvenuta ( ed anzi la Lormar ha promosso un giudizio nei confronti delle attuali attrici attualmente definito i grado d' appello con il rigetto delle domande di Lormar) è del tutto evidente che nessuna proroga contrattuale si è mai prodotta né implicitamente né - tantomeno ' espressamente' come afferma Lormar. 1.b) Lormar nega, invece, di aver pubblicato sul proprio sito immagini dell' attrice dopo il 28 aprile 2014 e afferma di voler ' disconoscere' , ai sensi dell' art. 2712 c.c., i documenti prodotti dalle attrici sub doc. 32 contestando l' attendibilità dello strumento Web Archive' e la sua idoneità a ' tracciare' e correttamente datare le pagine web dei siti internet. Sul punto il Tribunale reputa corretta la difesa di parte attrice che osserva: a) Lormar non contesta la conformità tra una copia (cartacea o informatica) e il suo originale - unico disconoscimento consentito ex art. 2712 c.c.; b) Lormar contesta l' attendibilità dello strumento in esame che ecostituisce ' archivio storico' delle modifiche apportate alle pagine internet nel corso del tempo: attraverso l' interfaccia ' Wayback Machine' (accessibile all' indirizzo --omissis--) Web Archive non si limita ad archiviare gli screenshot delle pagine web ma e` in grado di replicare l' intero codice HTML delle pagine archiviate, conservando elementi caratterizzanti quali l' URL (l' indirizzo web), la data, il tipo di codifica della pagina web a garanzia di attendibilità del servizio di archiviazione e ' ripescaggio' dei dati

memorizzati; attraverso l'interfaccia 'Wayback Machine' si può dunque verificare come appariva il sito Lormar in passato e constatare che alle date 6.4.2014; 21.9.2014; 21.10.2014; 8.11.2014; 6.12.2014 e 16.12.2014 il sito della convenuta conteneva immagini di E. C. (doc. 32). 2. Dopo il 28.4.2014 ed almeno fino al 13 marzo 2015 Lormar ammette di aver continuato ad utilizzare il materiale fotografico realizzato in esecuzione del contratto di testimonial, parzialmente 'ritoccando e manipolando' l'immagine di E. C.. Ha, invero pubblicato 31 immagini di E. C., elaborate senza alcuna autorizzazione (doc. 14): Lormar, infatti, ha eliminato parte del volto di E. C., ed anche alcune sue caratteristiche peculiari (come i tatuaggi). Sostiene la convenuta che si tratterebbe di l' mere immagini tecniche, nelle quali la modella ritratta è stata resa irriconoscibile' e, comunque, che la clausola contrattuale secondo la quale qualsiasi manipolazione dovrebbe essere intesa quale danno all'immagine della testimonial, non potrebbe più trovare applicazione essendosi il contratto concluso. Si tratta di argomenti difensivi infondati: anzitutto il fatto che il contratto sia scaduto appare irrilevante dal momento che proprio il contratto costituiva il presupposto del lecito utilizzo di immagini che - in mancanza - Lormar mai avrebbe potuto utilizzare; ed il fatto che le parti nel disciplinare il lecito utilizzo delle immagini di E. C. avessero ritenuto di specificare, per reciproca chiarezza, che ogni manipolazione delle stesse sarebbe stata considerata una lesione dell'immagine della Testimonial, rende evidente che Lormar non solo era perfettamente consapevole, ma aveva convenuto ed accettato il fatto che - al di là del lecito l' utilizzo delle immagini negoziato - qualsiasi manipolazione delle stesse avrebbe avuto l' effetto di una lesione di immagine. Inoltre le immagini manipolate in discorso non sono affatto considerabili 'immagini tecniche nelle quali la modella ritratta è stata resa irriconoscibile': la sig. C., infatti, è perfettamente riconoscibile dal pubblico dei consumatori cui la campagna pubblicitaria si era rivolta per più di un anno e le stesse costituiscono un atto gravemente abusivo dell'immagine della 'persona'; a) a smentire la tesi della convenuta circa l' irriconoscibilità della modella è sufficiente un raffronto tra il catalogo Lormar 2013/2014 e le immagini comparse sul suo sito fino al 13 marzo 2015 proprio la scelta di manipolare le foto in modo da mantenere nelle immagini 'tagliate' la bocca i capelli e parte del viso di E. C. va nella direzione opposta rispetto a quella di rendere ' irriconoscibile la modella ritratta nelle immagini': è evidente che le immagini ritraggono la stessa modella, così come ancor più evidente è che la modella sia E. C. per un pubblico che aveva potuto vedere per oltre un anno E. C. come testimonial Lormar attraverso l' abbondante materiale pubblicitario realizzato in esecuzione del contratto (ossia ' manifesti stradali (affissioni) 6X3 - 70X100 e 100X140 e maxiaffissioni' , ' packaging, cartelli vetrina, materiale p.o.p. e bandine' , ' pagine pubblicitarie su riviste di settore e moda in genere, quali magazine/settimanali/mensili/quotidiani' , nonché pagine web (doc. 1, art. 2); attraverso, cioè, un' operazione di marketing che ha impresso nel pubblico il ricordo di E. C. come testimonial Lormar. b) la manipolazione delle foto mediante il taglio del volto (tranne la bocca, i capelli e parte del

viso) e l'eliminazione di quelle caratteristiche impresse dalla sig. C. permanentemente sul corpo (i tatuaggi) con l'intento, evidentemente, di conferire allo stesso nonché alla sua immagine un'identità specifica ed unica, costituiscono, altresì, un atto gravemente abusivo dell'immagine della 'persona'; tali manipolazioni, non solo appaiono maldestri tentativi di non incorrere nella violazione dei limiti imposti con il contratto all'uso delle fotografie realizzate, ma hanno prodotto l'effetto, come afferma la difesa dell'attrice, di 'mercificare' la persona della sig. C., trattata 'alla stregua di un manichino'. Infine appare pretestuosa la giustificazione della convenuta per cui la pubblicazione delle immagini di E. C. sarebbe avvenuta solo sul 'sito istituzionale' di Lormar e non sul quello di e-commerce e dunque non 'con lo scopo di vendere o promuovere il prodotto' quanto, invece, di 'informare il visitatore del sito delle famiglie dei prodotti e delle caratteristiche degli stessi', posto che Lormar pubblicizza i propri prodotti attraverso un unico sito (--omissis--) che al suo interno è dotato della sezione di e-commerce 'shop online', e che la pubblicazione delle fotografie in questione, in questo contesto, non può che avere uno scopo 'promozionale'; peraltro detta giustificazione è anche irrilevante perché, scaduto il contratto di testimonial, Lormar non era più autorizzata all'uso del materiale pubblicitario realizzato, come aveva chiarito (ad abundantiam) lo stesso contratto (ove Lormar si era impegnata 'dopo la scadenza del contratto (...) a non utilizzare più, in nessun modo e forma, il materiale pubblicitario realizzato' (doc. 1, art. 2) e ad utilizzare l'immagine di E. C. attraverso il proprio sito Internet 'limitatamente al periodo di validità del presente contratto' (doc. 1, art. 2.2. lett. e). 3. E' pacifico che Lormar ha utilizzato e utilizza il nome 'ELI', corrispondente al diminutivo del nome 'Elisabetta', in funzione distintiva per alcuni prodotti di abbigliamento intimo della linea 'new basic', tanto attraverso il proprio sito internet, quanto mediante apposizione sul packaging dei relativi prodotti (docc. 23 - 28). Secondo Lormar, tale condotta non costituirebbe tuttavia un illecito sfruttamento del nome/pseudonimo di E. C., posto che: (i) E. C. non vanterebbe alcun diritto sul 'nome ELI (...) trattandosi di un mero soprannome femminile che in alcun modo può essere associato in via esclusiva all'odierna attrice'; (ii) 'ELI' sarebbe soltanto uno dei tanti nomi femminili che contraddistinguono i prodotti Lormar, peraltro già utilizzato in passato e 'casualmente' riproposto in concomitanza con la conclusione del contratto di testimonial con E. C., anche in ragione della pretesa 'difficoltà, a volte, di trovare 'nuovi nomi' 'con cui identificare le linee di lingerie. Gli argomenti difensivi della convenuta non appaiono convincenti: (a) E. C. risulta conosciuta al grande pubblico anche con il diminutivo 'Eli', che, quindi, quale suo nome/pseudonimo va tutelato: parte attrice ha prodotto numerosi articoli di stampa (docc. da 15 a 22), che dimostrano che il diminutivo 'Eli' sia stato e sia tutt'ora comunemente utilizzato, dal pubblico e dai media, per identificare, E. C.; (b) non è credibile che la scelta del nome 'Eli' sia stata del tutto 'casuale' e dettata unicamente dalla 'difficoltà' di reperire altri nomi femminili da associare, peraltro, proprio a quei prodotti di lingerie, indossati da E.

C. nelle campagne pubblicitarie realizzate in esecuzione del contratto di testimonial; semmai, come osservato dalla difesa delle attrici, Lormar appare aver intenzionalmente scelto il nome ‘Eli’ per rafforzare il ruolo di E. C. come testimonial dei propri prodotti, anche attraverso l’ utilizzo del suo nome sul packaging degli articoli di intimo. Del resto - come si evince dalla stessa difesa sul punto della convenuta - il nome/marchio ‘Eli’ è l’ unico ad essere costituito da un diminutivo di un nome italiano, mentre tutti gli altri sono nomi completi stranieri (G., S., C., M., C., L., S.) che, peraltro, richiamano le protagoniste di due famose serie tv di grande successo (‘Sex & the City’ e ‘Desperate Housewives’ ). Detta condotta viola le norme poste a tutela del nome/pseudonimo (artt. 6,7 e 9 c.c. e art. 8, comma 3, c.p.i. per cui ‘ se notori, possono essere registrati o usati come marchio solo dall’ avente diritto, o con il consenso di questi, (...) i nomi di persona, i segni usati in campo artistico, letterario, scientifico, politico o sportivo (...)’ ). 4. Sul profilo Facebook aziendale di Lormar sono ancora presenti - come ammette la convenuta - immagini di E. C. (doc. 29): ‘ fotografie effettuate in esecuzione del contratto di sfruttamento d’ immagine per fini pubblicitari’ , che sarebbero state ‘ inserite (...) durante il periodo in cui era stata concesso l’ utilizzo dell’ immagine della sig.ra C.’ ma che non sarebbero state ‘ utilizzate da Lormar srl per pubblicizzare i prodotti aziendali’ . Reputa il Collegio del tutto irrilevante che le immagini e i video siano stati postati da Lormar in vigenza del contratto, quando vigeva cioè l’ autorizzazione degli aventi diritto, dal momento che, dopo la scadenza del contratto e, quindi, con il venir meno di detta autorizzazione, Lormar avrebbe dovuto eliminare i post con l’ immagine di E. C., essendosi, peraltro espressamente impegnata a terminare qualsiasi utilizzazione dell’ immagine della testimonial successivamente alla fine del contratto (doc. 1 art. 2.) B) la natura dell’ illecito Detta condotta integra un illecito ex art. 2043 c.c., tanto nei confronti di Lidia quanto nei confronti di E. C., la cui immagine e la cui persona risultano senz’ altro sviliate e mercificate a mezzo dell’ elaborazione delle fotografie di cui s’ è detto; integra, inoltre, violazione degli artt. 10 c.c., 96 e 97 L. n. 633/1941 dal momento che né E. C., né tanto meno Lidia, hanno mai autorizzato Lormar all’ utilizzo dell’ immagine e del ritratto dell’ attrice oltre la scadenza contrattuale del 31 marzo 2014. *Omissis* La condotta predetta relativo all’ uso in finzione distintiva dello pseudonimo ‘ELI’, inoltre, costituisce violazione tanto degli artt. 6,7 e 9 c.c. posti a tutela del diritto al nome e allo pseudonimo, quanto, come osservano le attrici, dell’ art. 8, comma 3, D.lgs. 30 del 10.2.2005 per cui ‘ se notori, possono essere registrati o usati come marchio solo dall’ avente diritto, o con il consenso di questi, (...) i nomi di persona, i segni usati in campo artistico, letterario, scientifico, politico o sportivo (...)’ . *Omissis* C) La domanda di inibitoria. Sostiene Lormar che le condotte contestate sarebbero cessate da anni, donde l’ inattualità delle domande con cui le attrici hanno chiesto al Tribunale la cessazione dell’ indebito sfruttamento del nome e dell’ immagine di E. C., oltre che un’ inibitoria per il futuro. Detta difesa tuttavia appare infondata alla luce dei documenti di causa e del contraddittorio. È un

fatto pacifico, anzitutto, che Lormar continui a identificare alcuni prodotti della linea ‘ new basic’ con il marchio ‘ Eli’ , invero non lo ha mai negato avendo piuttosto contestato che ciò possa costituire una condotta illecita. Quanto alle immagini presenti sulla pagina Facebook aziendale Lormar non ha contestato il fatto, ma che esso costituisca un illecito perdurante sfruttamento commerciale dell’ immagine della Testimonial. Poiché dunque Lormar ha continuato e continua, dunque, a sfruttare indebitamente l’ immagine e il nome di E. C. senza alcuna autorizzazione, vanno emessi ordini volti - a far cessare immediatamente qualsivoglia utilizzo del nome o dello pseudonimo ‘ ELI’ di E. C. per contraddistinguere propri prodotti di abbigliamento intimo, con l’ eliminazione di ogni riferimento all’ attrice dal sito internet di Lormar e dal packaging dei suoi prodotti, mentre non appaiono sussistere i presupposti del richiesto ritiro dal commercio della linea di abbigliamento intimo ‘ ELI’ , sussistendo obiettiva incertezza sul fatto se la merce così’ contraddistinta e che eventualmente si trovi ancora nella disponibilità di terzi sia da far risalire a rapporti di commercializzazione realizzati nella vigenza di regolari accordi commerciali tra l’ attrice Lidia Corp e la convenuta; - a far rimuovere senza indugio ogni immagine, ritratto o video di E. C. dalla pagina Facebook di Lormar A detti comandi va accompagnata la fissazione di una penale di E 5000,00 per ogni giorno di ritardo dell’ inibitoria impartita con la presente sentenza a partire al 10° giorno successivo alla notificazione in forma esecutiva della stessa, nonché della penale di euro 50,00 per ogni prodotto immesso in commercio in violazione dell’ inibitoria. Infine sussistono i presupposti per disporre la pubblicazione della sentenza per una volta a caratteri doppi del normale, sui settimanali Donna Moderna e Grazia e per trenta giorni sul sito aziendale di Lormar (-- omissis--) a spese della società convenuta e a cura delle attrici. D) I danni subiti da Lidia ed E. C. l’ utilizzo illecito dell’ immagine, del ritratto e del nome di E. C. oltre i termini contrattuali ha prodotto un danno patrimoniale (per illecito sfruttamento degli stessi a fini commerciali e per svilimento della testimonial) e un danno non patrimoniale in termini lesione dell’ immagine della ‘ persona’ di E. C. manipolata fino a poter essere utilizzata come ‘ mero supporto tecnico’ (come la stessa convenuta del resto afferma, pur con l’ intento di replicare alla contestazione mossale da controparte) e di abusivo uso del suo nome /pseudonimo. Legittimata a chiedere il danno patrimoniale è solo la Lidia Corp cui la sig. C. ha concesso in esclusiva il diritto di sfruttamento dei propri diritti d’ immagine. Mentre legittimata a far valere il danno morale è solo la sig. E. C. Il danno patrimoniale come sopra individuato va determinato in via equitativa; allo scopo pare ragionevole fare ricorso al criterio del c.d. giusto prezzo del consenso (cui fanno riferimento gli artt. 158, comma 2, L. 633/1941 e 125 D.lgs 30/2005 e, quanto al ritratto e al nome, gli artt. 96 e 97 L. 633/1941 e 8, comma 3, D.lgs 30/2005) come del resto ammette la stessa Corte di legittimità: ‘ in assenza di prova di specifiche voci di danno patrimoniale,(che nella specie, in effetti, l’ attrice Lidia Corp, pur invocando l’ impossibilità di concludere contratti di Testimonial, non ha offerto)



il risarcimento dovuto al soggetto la cui immagine sia stata utilizzata in difetto di autorizzazione può essere liquidato in via equitativa sulla base del compenso che il titolare del diritto avrebbe richiesto per consentirne l'uso (Cass. 11 maggio 2010 n. 11353, Cass. 16 maggio 2008 n. 12433), *Omissis*. Appare, peraltro, condivisibile la considerazione che il risarcimento vada commisurato non solo all'importo che il titolare del diritto e il licenziatario avevano concordato in normali condizioni di mercato, bensì nell'importo che avrebbero concordato ad illecito già accertato, quando quindi il titolare del diritto - nello scenario ipotetico funzionale alla liquidazione equitativa - concederebbe lo sfruttamento a fronte di un diritto ormai violato: contesto in cui il prezzo è ragionevole ritenere sarebbe stato maggiore rispetto a quello determinato nelle ordinarie condizioni di mercato, perché necessario, appunto, funzionale a fra si che il titolare rilasciasse ex post il proprio consenso allo sfruttamento del diritto. Ebbene considerato che l'illecito utilizzo dell'immagine e del nome della testimonial si è protratto per oltre un anno (almeno fino al 13 marzo 2015) in assenza di consenso, e che il corrispettivo previsto per il lecito utilizzo ' di tutti i diritti di immagine, di uso del nome' è stato di euro 110.000,00, appare ragionevole far riferimento in via equitativa a detto importo, anche perché la convenuta osserva che sarebbe necessario ridurre l'importo risarcitorio preteso da parte attrice invocando criteri (' il compenso pattuito per lo sfruttamento del diritto all'immagine e del nome per la durata di un anno non fu quindi pari ad E 110.000, bensì alla minor somma di E 40.000: ragionevolmente paritetica per immagine e nome' (comparsa conclusionale, pag. 17) che non trovano un riscontro nella lettera del contratto di testimonial. Pertanto considerato che l'illecito sfruttamento dell'immagine del nome (e dello pseudonimo) di E. C. è durato circa un anno (dal 31 marzo 2014 ad, almeno, il 13 marzo 2015) il corrispettivo spettante a Lidia per un anno di sfruttamento dell'immagine, del ritratto e del nome di E. C. da parte di Lormar è stato contrattualmente determinato in E 110.000,00 (' prezzo del consenso alle ordinarie condizioni di mercato' ) si può ragionevolmente concludere che il danno in parola possa determinarsi in via equitativa, in complessivi euro 120.000 euro, oltre interessi legali ed alla rivalutazione monetaria dalla data dell'evento lesivo (1.4.2014) al saldo. Sempre in via equitativa va risarcito il danno non patrimoniale subito dalla sig. C. per l'abusiva manipolazione dell'immagine di E. C. e del suo pseudonimo, che il Tribunale reputa congruo determinare, in considerazione della durata e della diffusività di detta condotta in euro 30.000 oltre interessi legali ed alla rivalutazione monetaria dalla data dell'evento (28.4.2014) al saldo. Spese. Le spese di lite, il cui onere segue il criterio della soccombenza si liquidano - in considerazione del valore della causa, delle tariffe e dell'impegno difensivo profuso - in euro 13,400 per compensi, 15% su compensi per spese forfetarie, CPA e IVA come per legge - *Omissis*.

App. Milano, sez. spec. impresa, 22 gennaio 2021, n. 225 – Pres. Bonaretti, rel. Fontanella – Lormar s.r.l. (avv. Giuffrida); Lidia Corp. e Elisabetta Canalis (avv. Morretta).

**Diritto all' immagine – Tutela del nome e dello pseudonimo – Necessità del consenso – Manipolazione dell' immagine – Divulgazione dell' immagine per fini commerciali**

*La manipolazione delle fotografie e l' eliminazione delle caratteristiche permanenti sul corpo così come il taglio del volto, costituiscono anche esse un atto gravemente abusivo dell' immagine avendo l' effetto di “mercificare” la persona interessata, trattata “alla stregua di un manichino”. Perché si configuri tale abuso è necessario che la divulgazione dell' immagine non sia avvenuta per finalità di pubblica informazione ma solo per fini commerciali e pubblicitari.*

Art. 2043 c.c.; Artt. 6-7-9-10 c.c.; Art. 8, co. 3, D. Lgs. 30/2005; Artt. 96-97 L. 633/1941

**Provvedimento Corte d' Appello di Milano:** – *Omissis* Con il primo motivo l' appellante contesta di avere mantenuto sul proprio sito web fino al 16 dicembre 2014 le foto di El. Ca. scattate in esecuzione del contratto successivamente alla scadenza pattuita nel 31/3/2014 e sostiene la permanenza sul sito delle predette foto, pur essendo decorso il termine di durata del contratto, solo fino al 28 aprile 2014 . In proposito l' appellante contesta l' idoneità a provare la permanenza ulteriore della documentazione fornita dalle attrici, consistente in una serie di screenshot, ritraenti il sito web dell' appellante (--omissis--) e recanti data successiva alla scadenza del contratto. Afferma l' appellante che il predetto strumento di tracciamento delle versioni passate delle pagine web sarebbe privo di qualsivoglia attendibilità, atteso che non esisterebbe alcuna certezza circa la corrispondenza delle schermate dallo stesso estratte alle pagine originali e alla data delle stesse; ripropone pertanto l' istanza di disconoscimento ex art. 2712 c.c. dei documenti in questione. Rileva la Corte che il Tribunale ha ritenuto tali screenshot prodotti attraverso l' interfaccia Wayback Machine idonei a provare la condotta illecita, nonché il perdurare della stessa almeno fino al 16 dicembre 2014,<sup>1</sup> in particolare, nella motivazione della sentenza viene chiarito che l' interfaccia Wayback Machine, ‘ non si limita ad archiviare gli screenshot delle pagine web ma é in grado di replicare l' intero codice HTML delle pagine archiviate, conservando elementi caratterizzanti quali l' URL (...), la data, il tipo di codifica della pagina web’ , fornendo così una sufficiente ‘ garanzia dell' attendibilità del servizio di archiviazione e ‘ ripescaggio’ dei dati memorizzati’ (cfr. p. 5). <sup>1</sup> La prima schermata prodotta risulta datata 6 aprile 2014, mentre l' ultima riporta per l' appunto la data del 16 dicembre 2014 (cfr. doc. 32 parte appellata). Il Tribunale ha anche ritenuto inammissibile il disconoscimento dei documenti digitali operato dalla Lormar, affermando che l' unico disconoscimento consentito ai sensi dell' art. 2712 c.c. é quello volto a contestare la non conformità tra una copia (cartacea o informatica) ed il suo originale.

Rileva la Corte, che, come accertato dal Tribunale e come spiegato nella perizia tecnica prodotta dalle appellate (la cui ammissibilità è riconosciuta da Cass.S.U. n.13902/13 secondo cui ‘ la ctp costituisce una semplice allegazione difensiva a contenuto tecnico, priva di autonomo valore probatorio, sicché la sua produzione, in quanto sottratta al divieto di cui all’ art. 345 cpc è ammissibile in appello’ ), gli screenshot sono stati ottenuti tramite il servizio ‘ Web Archive - Wayback Machine’ (accessibile dal sito --omissis--); Web Archive consiste in una biblioteca digitale no profit, contenente quello che può essere definito un archivio storico delle pagine internet (Web Archive archivia, al momento, circa 400 miliardi di pagine) il quale, tramite l’ interfaccia ‘ Wayback Machine’ , memorizza nel tempo i cambiamenti delle pagine web, consentendo pertanto di accedere alle loro ‘ versioni passate’ ossia di visualizzare un determinato sito come esso risultava in una data precedente a quella attuale. L’ interfaccia Wayback Machine non si limita a ‘ fotografare’ le pagine web e a conservare gli screenshot così ottenuti, bensì acquisisce l’ intero codice di programmazione (codice HTML) che identifica e ‘ sostiene’ ciascuna pagina, garantendo così la corrispondenza tra la pagina web come era e la versione della stessa ‘ riprodotta’ ex post da Web Archive. Le appellate hanno altresì richiamato giurisprudenza internazionale che dimostra come tale sito costituisca un sistema di archiviazione delle pagine internet accreditato come strumento idoneo a consentire il recupero di ‘ prove’ pubblicate online e successivamente cancellate (cfr. United District Court for the Eastern District of Pennsylvania, case n. 05-3524, Healthcare Advocates vs. Harding Earley, Follmer & Frailey et. al. del 20 luglio 2007; United States District Court for the District of Kansas, case n. 14-2464-JWL, Marten Transport Ltd vs. Plattform Advertising Inc. del 29 aprile 2016, prodotte in giudizio con i docc. 37 e 39 ). Sulla base di tutto ciò e in assenza di una convincente prova contraria da parte dell’ appellante, che si è limitata a una generica contestazione dell’ attendibilità dei documenti, deve condividersi la valutazione del Tribunale che ha concluso : ‘ attraverso l’ interfaccia ‘ Wayback Machine’ si può verificare come appariva il sito Lomar in passato e constatare che alle date 6/4/14, 21/9/14, 21/10/14,8/11/14, 6/12/14,e 16/12/14 il sito della convenuta conteneva immagini di El. Ca.’ Con riguardo poi al disconoscimento operato dall’ appellante, osserva la Corte che l’ art.2712 cc. consente di contestare i documenti elettronici che costituiscono rappresentazione informatica di atti, fatti o altri dati aventi rilevanza giuridica, resa possibile grazie alle nuove tecniche derivanti dal progresso scientifico. Come chiarito dalla giurisprudenza, il "disconoscimento" che fa perdere alle riproduzioni informatiche idoneità probatoria, deve concretarsi nell’ allegazione di chiari elementi indicatori della non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta (cfr. Cassazione civile, sentenza n. 3122 del 17 febbraio 2015; Cassazione civile, sentenza n. 8998 del 3 luglio 2001) il che non è nella fattispecie in cui l’ appellante ha formulato un generico disconoscimento sul presupposto - del tutto indimostrato - di una verità fattuale asseritamente divergente dalle risultanze degli screenshot. Con il secondo motivo l’

appellante contesta che le manipolazioni effettuate sulle fotografie di El. Ca. (nello specifico, l'eliminazione del volto e la cancellazione dei tatuaggi di quest'ultima) abbiano concretato un utilizzo abusivo dell'immagine e del ritratto, nonché la violazione dei diritti della persona. Il motivo è infondato. Rileva la Corte che Lormar srl non nega di aver posto in essere la condotta denunciata, ma contesta che la stessa integri gli illeciti predetti, sostenendo, da un lato, che le manipolazioni apportate alle foto della signora Ca. sarebbero state tali da rendere del tutto irriconoscibile la persona nelle stesse ritratta, dall'altro, che i ritocchi effettuati sulle fotografie della Ca. non sarebbero state in alcun modo 'offensive' per la modella ivi ritratta. Ritieni la Corte che Lormar S.r.l., con la pubblicazione non autorizzata delle foto di El. Ca. così ritoccate, ha certamente fruito abusivamente dell'immagine pubblica di quest'ultima, avvantaggiandosi della notorietà della showgirl a fini di pubblicità commerciale, giacché dall'esame delle foto in questione può affermarsi che, pur a fronte dei ritocchi e delle manipolazioni, la modella ritratta fosse perfettamente riconoscibile: il volto della showgirl è solo parzialmente tagliato, ma la parte inferiore dello stesso (ed in particolare la bocca) rimane completamente visibile, così come le braccia e le mani e, di conseguenza, la gestualità. Ciò risulta chiaramente dalla comparazione effettuata dal Tribunale (cfr. p. 6), che ha accostato le foto originali di El. Ca. a quelle ritoccate, mettendo in evidenza come le manipolazioni di Lormar non siano affatto tali da rendere non riconoscibile il soggetto e come, anzi, dal confronto emerga che Lormar non avesse affatto intenzione di nascondere l'identità della modella ritratta nelle immagini. Inoltre, come correttamente rilevato in sentenza, le foto manipolate da Lormar sono state pubblicate sul sito web di quest'ultima senza soluzione di continuità con quelle 'intere', scattate quando il contratto tra le parti era ancora in vigore ed utilizzate da Lormar per la propria campagna pubblicitaria, così che i consumatori ai quali la predetta campagna era diretta erano portati ad associare le foto 'tagliate' a quelle 'intere', pubblicate sino a poco prima sul medesimo sito, dunque ad indentificare in El. Ca. la modella ritratta nelle stesse. Per quanto riguarda, poi, la lesione dei diritti non patrimoniali della sig.ra Ca., è evidente come l'operazione effettuata da Lormar di taglio e modifica delle immagini fotografiche costituisca un atto gravemente lesivo per il soggetto rappresentato: come lamentato da parte appellata e come correttamente rilevato dal Tribunale, le manipolazioni descritte hanno fatto sì che il corpo della Ca. venisse, di fatto, mortificato, mercificato ed utilizzato alla stregua di un manichino, per esporre e mostrare la merce di Lormar, sì da compromettere l'integrità dell'immagine e la dignità della persona. Peraltro, il pregiudizio subito da parte appellata in ragione della condotta descritta appare ancora più grave ove si consideri che dal contratto concluso tra la Li. Co. e la Lormar emerge chiaramente il forte interesse della sig.ra Ca. a mantenere il controllo sulla propria immagine nonché a prevenire ogni tipo di modificazione non autorizzata della stessa. Infatti, a pag. 3 del contratto si legge che 'la Lormar garantisce che non verrà fatto alcun altro uso dell'immagine della testimonial oltre a quello espressamente previsto nel presente

accordo e che del materiale prodotto non verrà fatto alcun uso diverso da quello pattuito né verrà diffuso in forme e/o modi e/o a terzi soggetti destinatari diversi da quelli pattuiti' e che 'dopo la scadenza del contratto, la Lormar si impegna a non utilizzare più, in nessun modo e nessuna forma, il materiale pubblicitario realizzato'. Inoltre, a pag. 4 (punto 3.9) viene previsto che 'il volto e il corpo dell'artista non potrà subire alcuna modifica nei lineamenti o nelle espressioni' e che 'qualsiasi manipolazione non autorizzata della figura verrà considerata come un danno per l'immagine dell'artista e come inadempimento dell'intero rapporto contrattuale'. Pertanto, anche alla luce delle pattuizioni contrattuali non residua alcun dubbio che la manipolazione delle foto della sig.ra Ca. operata da Lormar abbia integrato una condotta illecita in violazione dei diritti della persona. Con il terzo motivo, l'appellante censura la sentenza nella parte in cui accerta che Lormar non avrebbe potuto utilizzare il nomignolo 'Eli' (diminutivo del nome 'El.', rivendicato dalla Ca. quale pseudonimo con cui la showgirl è nota al pubblico) come marchio con cui indentificare i suoi prodotti facenti parte di una linea di abbigliamento intimo (ossia la linea 'new basic', in cui ogni capo viene associato ad un nome o nomignolo femminile). In particolare, Lormar sostiene di aver fatto uso di tale pseudonimo già in passato e in un contesto completamente estraneo alla collaborazione con El. Ca. e produce alcuni cataloghi Lormar degli anni 2002, 2003, 2004 e 2006 in cui risulta già presente una linea di intimo denominata 'Eli' (come dimostrato dalle fatture già prodotte in primo grado e allegate quale doc. 15 all'atto di appello). Inoltre, l'appellante evidenzia come il nomignolo in questione non potrebbe comunque ritenersi assurdo a notorio pseudonimo della sig.ra Ca., trattandosi di un comune diminutivo del nome 'El.', utilizzabile da chiunque porti tale nome. Il motivo è infondato. Rileva la Corte che, effettivamente la documentazione prodotta da parte appellante attesta l'uso in passato da parte di quest'ultima dello pseudonimo in questione, ma è altrettanto vero che tale diminutivo - la cui diretta associabilità, presso il pubblico, con El. Ca. risulta dalla stessa provata attraverso la produzione di numerosi articoli di stampa - è stato 'riesumato' dalla Lormar proprio in concomitanza della collaborazione con El. Ca. ed è stato per di più associato proprio a quegli stessi prodotti di lingerie indossati da quest'ultima nella campagna pubblicitaria realizzata in esecuzione del contratto di testimonial concluso. Dunque, non sembra plausibile che tale scelta sia stata casuale, apparendo invece dettata, come correttamente rilevato dal Tribunale e dalle parti appellate, proprio dalla volontà di 'rafforzare' il ruolo di Ca. quale testimonial di Lormar in vigenza di contratto, e, una volta scaduto quest'ultimo, dall'intenzione di continuare a sfruttare la notorietà della showgirl a fini pubblicitari, approfittando dell'associazione ormai creata nei consumatori tra la persona della Ca. ed i prodotti Lormar. Tale convinzione, rileva la Corte, è ulteriormente confermata dalla constatazione che nella menzionata linea di intimo denominata 'new basic', 'Eli' è l'unico diminutivo di nome italiano, mentre tutti gli altri sono nomi completi stranieri, che richiamano le protagoniste di famose serie tv ('Sex

and the City' e 'Desperate Housewives'). Pertanto va condivisa la valutazione del Tribunale secondo cui la descritta condotta tenuta da Lormar viola le norme del codice civile (artt. 6, 7 e 9) e del codice della proprietà industriale (artt. 8, comma 3). Con il quarto motivo, l'appellante censura il capo della sentenza che la ritiene responsabile della illegittima presenza delle fotografie della Ca. sul profilo facebook della Lormar, sostenendo che non si potrebbe pretendere un controllo costante delle immagini che compaiono sul web. Il motivo è palesemente infondato. Rileva la Corte che l'attrice ha contestato nel giudizio di primo grado non la generica circolazione di proprie foto sul web, ma la pubblicazione delle stesse specificamente sul profilo facebook della Lormar, in violazione degli impegni contrattuali che imponevano a tale società di interrompere l'uso di ogni sua immagine dopo la scadenza del contratto di testimonial. E' poi indubbio che la Lormar abbia ampia e concreta possibilità, nonché l'onere, di controllare ciò che viene postato sulla propria pagina facebook aziendale. Con il quinto motivo Lormar S.r.l. censura la sentenza nella parte in cui ha accertato l'indebita utilizzazione da parte sua del nome di El. Ca., sostenendo di non aver mai utilizzato tale nome ed evidenziando che, peraltro, l'appellata non avrebbe mai lamentato nulla in proposito. Il motivo va respinto. Rileva la Corte che Lormar S.r.l., come si è visto, ha fatto illecito uso, dopo la scadenza del contratto intercorso tra le parti, dello pseudonimo 'Eli', ed è evidente che tale pseudonimo, non rappresenta solamente un diminutivo del nome proprio 'El.', ma comporta l'immediata associazione al personaggio che era stato fino a quel momento testimonial dell'abbigliamento commercializzato, da qui l'indebito utilizzo anche del nome di El. Ca.. Come ha condivisibilmente replicato la difesa dell'appellata, la protezione richiesta in relazione ai fatti dedotti deve intendersi complessiva, ossia inerente alla persona e al nome, di cui lo pseudonimo è parte integrante. Con il sesto motivo, parte appellante censura la sentenza con riguardo alle statuizioni condannatorie, adducendo la mancanza di prova dei danni, sia patrimoniali che non patrimoniali, nonché, con riguardo ai primi, l'erronea interpretazione da parte del Tribunale del c.d. 'criterio del giusto prezzo del consenso' e, con riguardo ai secondi, l'insussistenza degli illeciti comportanti un qualche pregiudizio ai danni di El. Ca.. Lormar sostiene altresì che il risarcimento dei danni non patrimoniali non sarebbe dovuto anche perché il pregiudizio derivante dall'illecito sfruttamento dell'immagine della Ca. sarebbe stato già risarcito quale danno patrimoniale. Il motivo è infondato e va respinto. Rileva la Corte, che il Tribunale ha analiticamente descritto gli illeciti commessi nei confronti di Li. Co.. (cfr. p. 8) ed il danno conseguente (cfr. pag. 9 della sentenza), chiarendo che l'utilizzo illecito dell'immagine, del ritratto e del nome (nei termini appena illustrati) ha comportato tanto un danno patrimoniale conseguente all'illecito sfruttamento degli stessi a fini commerciali e allo svilimento dell'immagine della testimonial sul mercato, quanto un parallelo danno morale, per la lesione dell'immagine 'personale' (e non commerciale) di El. Ca., conseguente all'aver Lormar manipolato le raffigurazioni del corpo dell'appellata fino a mercificarla

ed utilizzarla come mero supporto tecnico e nell' avere utilizzato abusivamente la sua notorietà e il suo nome, condotta quest' ultima che pregiudica l' ambito personale oltre che quello commerciale. Ebbene, con riguardo al danno patrimoniale, la giurisprudenza afferma: ' chiunque pubblici abusivamente il ritratto di una persona notoria, per finalità commerciali, é tenuto al risarcimento del danno, la cui liquidazione deve essere effettuata tenendo conto anzitutto delle ragioni della notorietà, specialmente se questa é connessa all' attività artistica del soggetto leso, alla quale si collega normalmente lo sfruttamento esclusivo dell' immagine stessa; pertanto l' abusiva pubblicazione, quando comporta la perdita, da parte del titolare del diritto, della facoltà di offrire al mercato l' uso del proprio ritratto, dà luogo al corrispondente pregiudizio' (cfr. per tutte Cass. 1° dicembre 2004, n. 22513). Nella fattispecie l' abusivo utilizzo del ritratto e dello pseudonimo di El. Ca. a fini commerciali ha impedito alla suddetta (o meglio, alla Li. Co.. quale titolare del diritto allo sfruttamento commerciale dei predetti diritti) di poter presentare e ' vendere' sul mercato l' immagine e il nome del personaggio con la stessa effettività con cui avrebbe potuto farlo in assenza della condotta illecita, pertanto Li. Co.. ha senz' altro diritto al ristoro del pregiudizio corrispondente. In merito alla quantificazione del danno, infondate devono ritenersi le contestazioni di parte appellante secondo cui la stessa sarebbe eccessiva e errata. Invero il Tribunale, tenuto conto che gli illeciti commessi da Lormar derivavano dall' aver proseguito per un periodo di circa un anno ad utilizzare le immagini ed il nome della Ca. dopo la scadenza del contratto di testimonial, ha ragionevolmente ritenuto di quantificare il danno in via equitativa sulla base del compenso che il titolare del diritto avrebbe percepito se il contratto fosse stato regolarmente prorogato per un altro anno, applicando poi una maggiorazione volta a tenere conto del fatto che tale consenso viene fornito ad illecito già perpetrato e quindi senza piena ' libertà di scelta' in merito alla concessione dello sfruttamento. Pertanto, poiché il compenso previsto dal contratto stipulato tra Lormar e Li. Co.. per un anno ammontava ad Euro 110.000,00, il Tribunale ha quantificato il danno patrimoniale in E. 120.000,00. Rileva la Corte che tale criterio é del tutto conforme alla giurisprudenza di legittimità (cfr. in particolare Cass. 11 maggio 2010, n. 11353; Cass. 16 maggio 2008, n. 12433) e va senz' altro condiviso. Con riguardo, invece, al danno non patrimoniale, il Tribunale ha liquidato Euro 30.000 in favore di El. Ca.: la liquidazione é stata effettuata in via equitativa, tenendo conto della durata della condotta (circa un anno) e della diffusività della stessa (che ha riguardato più profili, dalla manipolazione delle foto e cancellazione degli attributi propri della persona all' uso indebito dello pseudonimo della danneggiata). A tal proposito, é priva di fondamento la contestazione di Lormar secondo cui il risarcimento non sarebbe dovuto in quanto la violazione dell' immagine di El. Ca. sarebbe già stata risarcita in sede di liquidazione del danno patrimoniale a favore di Li. Co.. E' appena il caso di ricordare che il pregiudizio non patrimoniale ha natura diversa dal pregiudizio economico connesso all' illecito sfruttamento commerciale,

giacché le condotte di mercificazione e svilimento della persona hanno comportato la lesione di diritti assoluti e indisponibili che prescindono dalla sfruttabilità economica dell'immagine del danneggiato. Con il settimo motivo, infine, viene impugnata la statuizione che inibisce alla Lormar il futuro utilizzo dell'immagine, del ritratto, del nome e dello pseudonimo di El. Ca., sostenendo l'appellante che le predette inibitorie, così come le correlate penali, sarebbero inutilmente punitive a fronte della cessazione dell'utilizzo delle fotografie (quanto meno, intere) della Ca. già dall'aprile 2014 (ossia un solo mese dopo la scadenza del contratto). Il motivo è infondato e va respinto. Rileva la Corte che le inibitorie nei confronti di Lormar S.r.l. hanno la chiara funzione di evitare che le condotte illecite da quest'ultima poste in essere nei tempi e nei modi accertati con la sentenza possano ripetersi in futuro ed è pertanto irrilevante che le stesse fossero già cessate al momento della pronuncia, non potendosi escludere la commissione di illeciti futuri. In conclusione, l'appello va rigettato con l'aggravio delle spese, secondo il principio della soccombenza – *Omissis*.

### **L' illecito sfruttamento *online* dell' immagine e dello pseudonimo del *testimonial*: spunti di comparazione con il sistema tedesco**

ANGELA MENDOLA

Dottoressa di ricerca in “Comparazione e diritti della persona” – Università degli Studi di Salerno

Per il Tribunale e per la Corte d' Appello di Milano l' utilizzo, senza consenso, dell' immagine manipolata della *showgirl* Elisabetta Canalis costituisce sfruttamento illecito atteso che con tale uso la Lormar s.r.l. si è certamente avvantaggiata della notorietà della *testimonial* per finalità commerciali. Per i Giudici, inoltre, la modifica delle foto ritraenti la stessa costituiscono un atto gravemente lesivo della sua immagine così come l' indebito utilizzo dello pseudonimo “Eli”.

For the Court and for the Milan Court of Appeal, the use, without consent, of the manipulated image of the showgirl Elisabetta Canalis constitutes illicit exploitation given that with this use Lormar S.r.l. it certainly took advantage of the reputation of the testimonial for commercial purposes. Furthermore, for the Judges, the modification of the photos portraying her constitutes an act seriously damaging to her image as well as the undue use of the pseudonym “Eli”.



SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Abusivo trattamento dell'immagine e tutela restitutoria nel sistema giuridico italiano. – 3. L'illecita disposizione del ritratto altrui nell'ordinamento tedesco e l'*Eingriffskondiktion*. – 4. Digitalizzazione della persona e danno non patrimoniale da lesione della dignità.

1. Il Tribunale di Milano è stato chiamato a decidere sulle domande risarcitorie avanzate dalla *testimonial* Elisabetta Canalis e dalla società di diritto statunitense Lidia Corp., che gestisce i diritti di immagine della predetta *showgirl*, contro la Lormar s.r.l. Per le attrici, nella specie, quest'ultima avrebbe continuato l'uso del ritratto della *testimonial* oltre il termine contrattuale e, nell'utilizzo del diminutivo "Eli", avrebbe precluso lo sfruttamento del nome della *showgirl* nel settore dell'abbigliamento intimo nonché leso i suoi diritti di immagine, tramite la manomissione delle fotografie ritraenti la stessa. Di contro, la Lormar s.r.l. assumeva di non aver arrecato alcun pregiudizio atteso che l'utilizzo della suddetta immagine sarebbe avvenuto entro i limiti di tempo, luogo e modo concordati con parte attrice; che avrebbe provveduto ad eliminare dai propri siti *internet* il ritratto della *testimonial* lasciando unicamente "fotografie tecniche" giammai lesive del diritto all'immagine della Canalis e, in ultimo, che lo pseudonimo "Eli" non può essere associato in via esclusiva a quest'ultima.

Per il Tribunale, invece, la Lormar s.r.l. ha sfruttato il ritratto e il nome di Elisabetta Canalis oltre il termine contrattuale. Del resto, riguardo la manipolazione degli scatti fotografici ritraenti la modella, secondo l'autorità giudiziaria, sarebbe stata la stessa società ad aver ammesso di aver continuato ad utilizzare il materiale fotografico in suo possesso almeno fino a marzo 2015, ritoccandolo e modificandolo. In questo modo, senza alcuna autorizzazione, per il Tribunale, si sarebbe provocata una chiara lesione dell'immagine della modella. A nulla rileverebbero, poi, le difese dalla convenuta circa l'utilizzo del nome "Eli" "come uno dei tanti nomi femminili che contraddistinguono i prodotti Lormar". Per i giudici, nella specie, non può sussistere alcuna casualità e anzi, come sostengono le attrici, tale scelta appare intenzionale per rafforzare il ruolo della Canalis come *testimonial* dei prodotti della Lormar. Il Tribunale, in ultimo, ritiene del tutto infondato l'assunto della convenuta laddove riferisce che le immagini ed i video della *testimonial* siano stati postati in igenza di contratto. Per i motivi di cui sopra, il Tribunale ritiene di configurare un illecito, *ex art. 2043 c.c.*, sia nei confronti della società Lidia Corp. che nei riguardi della Canalis, per avere la Lormar s.r.l. svilito e mercificato, tramite i suddetti scatti fotografici, l'immagine della modella così come averne violato il diritto al nome e allo pseudonimo. In virtù di quanto innanzi, parte convenuta è stata, quindi, condannata al risarcimento del danno patrimoniale, in favore di Lidia Corp., e del danno non patrimoniale, nei riguardi della *testimonial* Canalis. Non solo. Il Tribunale ha

valutato opportuno ordinare alla Lormar s.r.l. di cessare immediatamente qualsivoglia utilizzo del predetto pseudonimo e di rimuovere ogni immagine, video o foto ritraenti la modella, con la fissazione di una penale per ogni giorno di ritardo dell' inibitoria impartita. In ultimo, ha disposto la pubblicazione della sentenza resa su noti settimanali e sul sito aziendale della Lormar s.r.l., a spese di quest' ultima.

Avverso la suindicata pronuncia, la Lormar s.r.l. ha proposto gravame. Nei propri motivi di appello, la società, in particolare, ha negato di aver mantenuto sul proprio sito *web* le foto ritraenti la modella Canalis oltre la scadenza del contratto ed all' uopo ha assunto che alcun valore probatorio avessero gli *screenshot* prodotti da controparte. La s.r.l. assume, poi, a sostegno delle proprie difese, l' impossibilità di un controllo costante sul *web* e che le manipolazioni degli scatti fotografici della *showgirl* non avevano in alcun modo danneggiato l' immagine della modella. In ultimo, la società appellante sottopone all' attenzione dei giudici di secondo grado la circostanza che lo pseudonimo "Eli" già era stato impiegato dalla stessa società in altre campagne pubblicitarie, in un contesto completamente estraneo alla attrice/modella Canalis. La Corte d' Appello milanese respinge il gravame ritenendo infondati i motivi posti alla base dello stesso. In particolare, gli *screenshot*, così come rilevato già dal Tribunale, sono stati ottenuti tramite l' interfaccia *Wayback Machine* che non si limita a "fotografare" le pagine *web* ma ne acquisisce l' intero codice di programmazione, garantendo piena corrispondenza tra la pagina *web* e la versione della stessa riprodotta tramite il servizio *Web Archive*. Al riguardo, inoltre, continua la Corte, non era stata offerta dall' appellante alcuna convincente prova contraria. Nel corpo della sentenza impugnata viene altresì evidenziato che la Lormar s.r.l. ha certamente fruito in maniera abusiva dell' immagine pubblica della *showgirl*, avvantaggiandosi della notorietà di quest' ultima a fini di pubblicità commerciale e che, nonostante le foto fossero state ritoccate, la modella era chiaramente riconoscibile. I Giudici hanno, altresì, ritenuto che anche l' utilizzo dello pseudonimo "Eli", assolutamente non casuale, protratto oltre la scadenza del contratto, fosse stato dettato unicamente da scopi promozionali dalla Lormar s.r.l. ed hanno ancora rimarcato l' onere della stessa di controllare ciò che veniva postato sulla propria pagina facebook aziendale. Alla luce di quanto innanzi, la Corte afferma, dunque, di condividere la decisione del Tribunale meneghino che ha puntualmente descritto gli illeciti commessi dalla Lormar s.r.l. nei confronti di Lidia Corp. ed il danno conseguente, chiarendo che l' utilizzo illecito dell' immagine, del ritratto e del nome della *showgirl* Elisabetta Canalis, ha comportato tanto un danno patrimoniale, per la predetta società, inteso come illecito sfruttamento degli stessi a fini commerciali e svilimento dell' immagine della *testimonial* sul mercato, quanto un danno morale, per la modella, danneggiata nella sua sfera personale. Di qui la Corte ritiene infondate anche le doglianze mosse dall' appellante circa la quantificazione dei danni evidenziando, invece, la correttezza del criterio di liquidazione seguito dal Tribunale così come delle inibitorie impartite nei confronti della Lormar s.r.l., non potendosi escludere il concretizzarsi di illeciti

futuri, e a nulla rilevando, conclude la Corte, che le condotte poste in essere dalla predetta Lormar s.r.l. fossero cessate al momento dell' emanazione della pronuncia.

2. La disciplina relativa al diritto all' immagine, ancora di più nel contesto dei *social network*, diventa un punto di contatto tra i diritti della personalità e il principio di autonomia negoziale. Il fulcro del diritto *de quo* si rinviene, infatti, nell' interesse a controllare, mediante la prestazione del consenso, la circolazione di un elemento raffigurativo dell' individuo sul quale, come evidenziato, convergono interessi concorrenti<sup>1</sup>. Il fenomeno del *personality merchandising* può, d' altronde, comprendere anche ipotesi in cui l' *endorser*, il *testimonial*, o lo *sponsee* non acconsenta più all' utilizzo del proprio ritratto ai fini pubblicitari<sup>2</sup> o siano, semplicemente, scaduti i termini contrattuali.

Nell' ordinamento giuridico italiano, la divulgazione dell' immagine senza il consenso dell' interessato è lecita soltanto se ed in quanto risponda alle esigenze di pubblica informazione<sup>3</sup>, non anche allorché sia rivolta a fini pubblicitari<sup>4</sup>, non ammettendosi un travisamento del patrimonio personale, in spregio alla tutela accordata all' art. 2 Cost.<sup>5</sup>. In questo caso, infatti, il consenso, anche recato da una clausola contrattuale, conserva la propria natura giuridica di atto unilaterale avente ad oggetto non il diritto all'

<sup>1</sup> Come ben sottolinea G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto all' immagine e «giusto rimedio civile»*. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Francia e Spagna, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 3, p. 888, per il quale “la sottrazione della circolazione dell' immagine al consenso del soggetto effigiato appare una regola di giudizio ragionevole, soltanto qualora concretizzi la preferenza gerarchica sul diritto all' immagine di un principio concorrente dotato della medesima caratura assiologica”.

<sup>2</sup> La vicenda, con particolare riguardo al diritto allo sfruttamento commerciale della notorietà, è esaminata da R. CASO, *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, Milano, 2021, pp. 30 ss.

<sup>3</sup> Le ipotesi sono tassative e si rinviengono in necessità di giustizia o di polizia, scopi scientifici, didattici o culturali, notorietà o ufficio pubblico ricoperto, collegamento della riproduzione a fatti, avvenimenti o cerimonie di interesse pubblico o svoltesi in pubblico. Va, in ogni caso, specificato che, pur in presenza di un interesse pubblico tale da giustificare la divulgazione dell' immagine, risulta comunque indispensabile rispettare la dignità del soggetto ritrattato, in termini di onore, reputazione e decoro. Al riguardo, cfr. Cass. civ., 5 aprile 1978, n. 1557, in *Foro pad.*, 1979, I, c. 309; Cass. civ., 2 maggio 1991, n. 4785, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, cc. 975 ss.; Cass. civ., 29 settembre 2006, n. 21172, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 2785.

<sup>4</sup> Sulla necessità del consenso per procedersi alla riproduzione dell' immagine altrui, cfr. Trib. Milano, 21 gennaio 2014, sez. spec. Imprese, in *Dir. ind.*, 2015, 3, pp. 292 ss., con nota di C. DEL RE, *Tutela dell' immagine: nozione estensiva del Tribunale di Milano*, per cui l' utilizzo non autorizzato di una sosia che impieghi gli elementi caratterizzanti il personaggio della Audrey Hepburn impersonificato in “Colazione da Tiffany” senza il consenso degli eredi costituisce violazione del diritto all' immagine ex art. 10 c.c. in quanto oggetto di tutela sulla base della normativa civilistica e dei relativi fondamenti costituzionali (art. 2 Cost.). Cfr. altresì Trib. Roma, sez. spec. Imprese, 17 luglio 2014, *ivi*, 2015, 3, pp. 273 ss., con nota di F. FLORIO, *Il diritto all' immagine dei personaggi famosi - Il diritto all' immagine, la necessità del consenso e le sue eccezioni*, per cui, in ipotesi di compresenza tra finalità informative e culturali, da un lato, e commerciali, dall' altro, occorre far ricorso ad un giudizio di bilanciamento tra i predetti fini e considerare lecita l' utilizzazione dell' immagine solo quando le prime finalità sopra indicate prevalgono. Nel caso di specie, il Tribunale non ha ritenuto violati né il diritto alla riservatezza, attesa la preminenza dell' interesse pubblico alla conoscenza delle fattezze di un cantante famoso e di fatti attinenti alla sua vita privata ed artistica, né il diritto alla personalità individuale, dal momento che non sono state manipolate le vicende del personaggio famoso attraverso la rappresentazione di eventi non accaduti o non veritieri o lesivi dell' onore e della reputazione dello stesso. La Cassazione pure esclude la liceità dello sfruttamento dell' immagine altrui senza il consenso dell' interessato, poiché considera irriducibile alle esigenze di pubblica informazione l' impiego dell' effigie a scopi prevalentemente di lucro, come quelli pubblicitari (cfr. Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8838, in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 133).

<sup>5</sup> G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2007, 6, p. 1068; S. BONAVITA, E. STRINGHI, *Identità digitale e personalità online: i profili sostanziali di tutela*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 3 maggio 2021.

immagine – personalissimo ed inalienabile – bensì soltanto l'esercizio di tale diritto che, in quanto tale, è revocabile in ogni tempo, qualunque sia il termine fissato per la pubblicazione dell'immagine a fini pubblicitari, ed a prescindere dalla pattuizione di un compenso<sup>6</sup>. È pertanto illecito l'utilizzo dell'immagine altrui, ai sensi dell'art. 10 c.c., tutte le volte in cui il personaggio appaia come involontario *testimonial* del prodotto reclamizzato o, comunque, nei casi in cui il pubblico lo associ ad esso, reputando che la celebrità ne condivida la commercializzazione<sup>7</sup>.

Interessante, al riguardo, si rivela il provvedimento della Corte di Appello di Milano<sup>8</sup>, con il quale, conformemente a quanto deciso in primo grado<sup>9</sup>, i giudici hanno specificato come sia illecita la riproduzione del corpo femminile, in assenza di consenso, anche quando l'immagine sia tagliata in modo da escludere alcune parti rilevanti e riconoscibili del soggetto ritratto. Nella specie, il giudizio riguardava una *celebrity* e una nota azienda di intimo (di cui la prima era stata *testimonial*) che ha continuato a pubblicare, via *web* e sulla propria pagina Facebook, le fotografie del personaggio noto, oltre i termini contrattuali, pur tagliando parte del volto e cancellando i tatuaggi<sup>10</sup>. Ebbene, in tal caso, l'autorità

---

<sup>6</sup> Cass. civ., 17 febbraio 2004, n. 3014, in *Resp. civ.*, 2004, 2, pp. 112 ss., con nota di A. ALBANESE, *Immagine: lesione del diritto e consenso tacito allo sfruttamento commerciale*; Cass. civ., 29 gennaio 2016, n. 1748, cit.

<sup>7</sup> Cass. civ., 16 giugno 2022, n. 19515, in *Mass. Giust. civ.*, 2022, per cui l'esimente prevista dall'art. 97 della l. n. 633 del 1941, secondo cui non occorre il consenso della persona ritratta in fotografia quando, tra l'altro, la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico ricoperto, ricorre non solo allorché il personaggio noto sia ripreso nell'ambito dell'attività da cui la sua notorietà è scaturita, ma anche quando la fotografia lo ritrae nello svolgimento di attività a quella accessorie o comunque connesse, fermo restando, da un lato, il rispetto della sfera privata in cui il personaggio noto ha esercitato il proprio diritto alla riservatezza, dall'altro, il divieto di sfruttamento commerciale dell'immagine altrui, da parte di terzi, al fine di pubblicizzare o propagandare, anche indirettamente, l'acquisto di beni e servizi. Cfr. Cass. civ., 27 novembre 2015, n. 24221, in *Mass. Giust. civ.*, 2015; Trib. Milano, sez. spec. Imprese, 16 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*.

<sup>8</sup> App. Milano, 22 gennaio 2021, in *www.rpl.it*.

<sup>9</sup> Trib. Milano, 6 giugno 2018, in *Dir. ind.*, 2019, 5, pp. 505 ss., con nota di G. GATTI, *Il tatuaggio come elemento costitutivo dell'immagine della persona*, ha accertato l'illecito utilizzo da parte dell'azienda di cui una *showgirl* era *testimonial*, del nome, dello pseudonimo, dell'immagine e del ritratto della modella, nonché l'illecita manipolazione delle fotografie che la ritraggono. Il Tribunale ha rilevato altresì che le predette condotte si erano protratte per un periodo di circa un anno e ha pertanto condannato l'azienda al risarcimento del danno patrimoniale pari ad euro 120.000, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla scadenza del contratto al saldo, nonché del danno non patrimoniale quantificato in euro 30.000, oltre interessi e rivalutazione come già indicati. Il Tribunale ha, inoltre, inibito alla convenuta qualsiasi ulteriore utilizzo dell'immagine, del ritratto (anche elaborato), del nome della *showgirl*, oltre che del suo pseudonimo, fissando una penale pari ad euro 5.000 per ogni giorno di ritardo e ad euro 50,00 per ogni prodotto messo in commercio in violazione della sentenza e ha ordinato la pubblicazione del provvedimento su riviste di settore e sul sito web della convenuta.

<sup>10</sup> Trib. Milano, 6 giugno 2018, cit., afferma che nel caso in cui una persona abbia scelto di imprimere sul proprio corpo permanentemente dei tatuaggi, con l'intento di conferire ad essi un'identità specifica per la sua persona, la rimozione non autorizzata degli stessi su ritratti fotografici in digitale è un atto gravemente abusivo dell'immagine. Cfr., però, anche Trib. Torino, sez. spec. Imprese, 27 febbraio 2019, n. 940, in *Dir. ind.*, 2020, 1, pp. 54 ss., con nota di A. PISTILLI, *Il caso Audrey Hepburn: i recenti sviluppi sullo sfruttamento dell'immagine in assenza di consenso e l'abuso dell'immagine altrui*, il quale, in una causa promossa contro una società che aveva realizzato e commercializzato, anche via *social network*, magliette con il ritratto di Audrey Hepburn ricoperta di tatuaggi, ha riconosciuto agli eredi della stessa, oltre il danno patrimoniale, altresì la responsabilità extracontrattuale derivante dall'annacquamento dell'immagine per la perdita di valore commerciale della stessa, ritenendo che i tatuaggi fossero lesivi del decoro dell'attrice. Sul tema, cfr. altresì, E. PODDIGHE, *Tatuaggi e identità personale*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2022, 3, pp. 557 ss. per la quale “si potrebbe forse ipotizzare che nel caso dei tatuaggi il diritto all'identità personale evolva verso il diritto all'autodeterminazione, muovendo dal lato meramente passivo della “etero-rappresentazione”, a quello più propriamente attivo della “auto-rappresentazione”.

giudiziaria ha ravvisato un illecito utilizzo del nome<sup>11</sup>, dello pseudonimo, dell'immagine - personale e non già commerciale - e del ritratto della *showgirl*, con conseguente condanna della convenuta al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali sofferti, da determinarsi in via equitativa, secondo il criterio del c.d. "giusto prezzo del consenso" (cfr. artt. 158, comma 2, l. n. 633/1941; 125, d.lgs. n. 30/2005<sup>12</sup>; artt. 96 e 97, l. n. 633/1941; 8, comma 3, d.lgs. n. 30/2005)<sup>13</sup>. Come noto, l'abusiva pubblicazione dell'immagine altrui, quando comporta la perdita, da parte del titolare del diritto, della libertà di scegliere di offrire al mercato l'uso del proprio ritratto, dà luogo al corrispondente pregiudizio<sup>14</sup>. Il risarcimento dovuto al soggetto la cui immagine è stata utilizzata in difetto di autorizzazione può, in particolare, per la giurisprudenza, liquidarsi in via equitativa sulla base del compenso che il titolare del diritto avrebbe chiesto per consentirne l'uso<sup>15</sup>, sanzionandosi, in altre parole, la lesione della "libertà di scelta" in merito alla concessione dello sfruttamento del proprio ritratto.

Poiché a determinarsi, a carico della "vittima", non è, però, una vera e propria perdita economica, quanto una illecita disposizione di un suo diritto, va da sé che la tutela preferibile non potrebbe che rivelarsi quella restitutoria e non già la risarcitoria<sup>16</sup>. In discussione, come si diceva, è una sorta, appunto, di "prezzo del consenso". Il titolare del diritto all'immagine potrebbe, infatti, ottenere il ritorno nel suo patrimonio di tutti quei vantaggi che avrebbe conseguito se avesse esercitato il suddetto diritto<sup>17</sup>. Più che

<sup>11</sup> Osserva F. DI CIOMMO, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di internet*, in G. COMANDÈ (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, p. 38, che la nascita e la progressiva affermazione della società dell'informazione, attribuendo un valore sempre crescente all'immagine, ha contribuito ad incrementare pure l'importanza del nome "sino a renderlo - così come l'immagine - un bene che, pur non essendo trasferibile ad altri, può essere utilizzato dal suo titolare a fini di lucro". L'a. offre l'esempio delle campagne pubblicitarie in cui si associa un dato prodotto ad un nome noto che evoca un personaggio e, quindi, la sua immagine per varie ragioni apprezzato dalla collettività senza che il suo ritratto compaia.

<sup>12</sup> Su cui si rinvia a P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 CPI*, in *Corr. giur.*, 2006, 11, pp. 1605 ss.

<sup>13</sup> Sulla base del parametro del c.d. prezzo del consenso. Cfr. Cass. civ., 10 novembre 1979, n. 5790, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1372; Cass. civ., 6 febbraio 1993, n. 1503, *ivi*, 1994, I, c. 229; Cass. civ., 10 giugno 1997, n. 5175, in *Foro it.*, 1997, I, 2, c. 920; Cass. civ., 11 ottobre 1997, n. 9880, *ivi*, 1998, I, c. 499. Osserva Trib. Napoli, 8 settembre 2022, in *www.dejure.it*, che "la quantificazione dell'importo del risarcimento dovuto andrà peraltro commisurata alla durata, limitata sotto il profilo sia spaziale che temporale, dell'abusivo utilizzo contestato, nonché delle modalità dell'utilizzo stesso".

<sup>14</sup> Cass. civ., 1 dicembre 2004, n. 22513, in *Danno e resp.*, 2005, 10, pp. 969 ss.?

<sup>15</sup> Cass. civ., 16 maggio 2008, n. 12433, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 12, pp. 404 ss., nonché Trib. Tortona, 24 novembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 5, con nota di P. PARDOLESI, *Il cigno rossonero: illecito sfruttamento e dilution dell'immagine*; e di B. TASSONE, *La parabola del diritto all'immagine: dal right of publicity al risarcimento del danno non patrimoniale*, per cui "il risarcimento dovuto al soggetto di cui sia stata abusivamente sfruttata l'immagine può essere liquidato sulla base del compenso che il titolare del diritto avrebbe richiesto per consentirne l'uso e dell'annacquamento dell'immagine conseguente all'utilizzo non autorizzato". In dottrina, non condividono l'applicazione del criterio del "giusto prezzo del consenso", A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 439; A. THIENE, *L'immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 2, p. 349, argomentando soprattutto dal fatto che lo sfruttamento abusivo dell'immagine altrui risulterebbe più conveniente della ricerca del consenso del titolare del diritto laddove, effettivamente, il ristoro corrisponda al corrispettivo dell'uso dell'immagine.

<sup>16</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit.*, p. 888. L'a. condivide l'impostazione di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 636, nt. 182, per cui la disciplina della responsabilità civile riguarda la lesione del diritto sotto il profilo della facoltà di godimento, mentre quella dell'arricchimento afferisce al potere di disposizione.

<sup>17</sup> Cass. civ., 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, cc. 540 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi*, per la quale "considerato che ogni soggetto ha il diritto esclusivo sulla propria immagine, ed è il

ricostruire la reversione nella sfera del danneggiato del profitto conseguito dallo sfruttatore in termini di risarcimento del danno, pare, pertanto, opportuno rinvenirvi un' azione di ingiustificato arricchimento *ex art. 2041 c.c.*<sup>18</sup>, esperibile quante volte il vantaggio patrimoniale conseguito dall' autore dell' illecito superi la misura del danno risarcibile<sup>19</sup>.

Il ricorso a rimedi che si fondano su di una illecita disposizione del diritto da parte di terzi appare insomma una strada da percorrere privilegiata e su cui – pur nella diversità di approcci – gli ordinamenti non esitano ad incamminarsi. Che, in altri termini, la prospettiva sia quella di considerare il nome o l' immagine come un bene il quale può essere utilizzato dal suo titolare a fini di lucro appare – sia pure nella diversità delle soluzioni adottate, un profilo difficilmente revocabile in dubbio. Certo, stabilire se, e in che misura, le “usurpazioni dei diritti personali” siano idonee a far scattare domande di arricchimento, è aspetto che deve essere valutato caso per caso, in relazione alla specifica situazione giuridica violata. Sul tavolo della discussione – come si vede – è il fatto che, ferma l' indisponibilità dei diritti della personalità, alcuni di essi possono essere utilizzati, trasformandosi sostanzialmente in “beni”. Va da sé che stabilire quali di questi possono essere commercializzati o, meglio, sfruttati economicamente, e quali no involge delicate scelte di politica del diritto, finendo con l' alimentare un vivace dibattito dottrinale che – come è accaduto in Germania – può apparire fuorviante perché rischia di mettere da parte la dimensione “dispositiva” del consenso<sup>20</sup>.

3. In un contesto normativo che riconduce il riconoscimento di un diritto generale della personalità all' art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG<sup>21</sup>, forme speciali di disposizione di questo diritto sono offerte dalla previsione di cui ai §§ 22 ss. KUG (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie*) nonché dalla disciplina del § 12 BGB (nel caso in cui si disponga del nome), cui fa da sfondo il sistema di tutela risarcitoria offerto dal § 823 (1) del BGB.

---

solo titolare del diritto di sfruttarla economicamente, ne deriva che, con la pubblicazione non autorizzata, l' autore dell' illecito si appropria indebitamente dei vantaggi economici che sarebbero spettati alla vittima. Il risarcimento dei danni patrimoniali consiste, pertanto, nel ritrasferire quei vantaggi dall' autore dell' illecito al titolare del diritto, e ad essi va commisurata l' entità della liquidazione”.

<sup>18</sup> In proposito, cfr. P. PARDOLESI, *Responsabilità civile e arricchimento ingiustificato per lesione del diritto d' autore e del diritto di proprietà industriale*, in E. GABRIELLI (dir. da), *Comm. c.c.*, a cura di U. CARNEVALI, Milano, 2013, pp. 11 ss.; P. TRIMARCHI, *L' arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 44 ss.

<sup>19</sup> Cfr. A. NICOLUSSI, *La lesione del potere di disposizione e l' arricchimento*, Milano, 1998, pp. 370 s.; P. PARDOLESI, *Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentali slanci del legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 3, pp. 523 ss.; A. ALBANESE, *Il rapporto tra restituzioni e arricchimento ingiustificato dall' esperienza italiana a quella europea*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, 2, p. 922; D. CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell' arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 1, pp. 67 ss.; P. SIRENA, *La restituzione dell' arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, pp. 28 ss.

<sup>20</sup> Per alcuni il diritto all' autodeterminazione sessuale non cadrebbe in questo ambito. Critico sul punto è, tuttavia, A.A. WOLF, *Bereicherungsausgleich bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter*, Baden-baden, 2017, *passim*.

<sup>21</sup> N. KLASS, in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, *Anhang zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht*, Rn.167.

In assenza di consenso, oltre a *Abwehrensprüche*, vale a dire a pretese difensive volte alla cessazione della condotta, entrano in considerazione anche istanze risarcitorie che – a partire dal filone inaugurato con l'ormai risalente caso Soraya – trovano fondamento sugli artt. 1 e 2.1 GG<sup>22</sup>. In proposito la costante giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* ha attratto gli interessi economici derivanti dallo sfruttamento di diritti della personalità nell'ambito delle tutele a questi garantite, ritenendo che la disposizione del diritto all'immagine renda possibili richieste di risarcimento per violazione del diritto della personalità<sup>23</sup> (BGHZ 50, 133, 137 - Mephisto). Laddove è chiaro che la dimensione risarcitoria riposa sulla considerazione che, altrimenti, le violazioni della dignità e dell'onore della persona umana resterebbero senza sanzione.

In questo contesto, il progressivo sviluppo dei *media* e della connessa commercializzazione del diritto alla propria immagine ha posto in primo piano la tutela del patrimonio derivante dalle possibilità di utilizzazione economica dei tratti caratterizzanti il personaggio famoso. Sul piano operativo si è assistito così all'emergere di una interessante giurisprudenza che, proprio partendo da siffatta premessa, ha progressivamente esteso la tutela dei diritti della persona anche a quella degli interessi patrimoniali da quelli derivanti, individuando il presupposto per il riconoscimento di *vermögensrechtlicher Ansprüche* (in caso di uso non autorizzato di un'immagine) nella circostanza che l'utilizzazione del ritratto sia commercialmente redditizia. Questo *vermögensrechtliche Seite* dei diritti della personalità appare limitato principalmente alle celebrità che tendono a sfruttare economicamente la loro popolarità e l'immagine ad essa connessa consentendo a terzi di utilizzare anche il nome ed altri tratti della personalità che ne facilitino il riconoscimento nella pubblicità di beni o servizi, in cambio di denaro. La tendenza a pubblicizzare prodotti e/o ad avvalersi di tratti distintivi della personalità senza consenso chiama dunque in causa i §§ 22 e 23 KUG.

Il consenso diventa l'elemento centrale di una attività dispositiva della propria immagine e per questo, espresso o implicito che sia, deve includere anche il contesto della pubblicazione, come la forma e lo scopo dell'utilizzo<sup>24</sup>. Tanto, a meno che non si sia in presenza di un interesse pubblico prevalente alla conoscenza<sup>25</sup>. È chiaro, infatti, che se la diffusione dell'immagine è coperta da un interesse generale all'

<sup>22</sup> BVerfG, 14 febbraio 1973 - 1 BvR 112/65, in *dejure.org*.

<sup>23</sup> BGH, 14 aprile 1992 - VI ZR 285/91, in *NJW*, 1992, pp. 2084 s.; BGH, 14 ottobre 1986 - VI ZR 10/86, in *GRUR*, 1987, p. 128.

<sup>24</sup> Nel caso "Paul Dahlke", le immagini fotografiche dell'attore su uno scooter erano state vendute anche al produttore di quest'ultimo, che le aveva utilizzate per scopi pubblicitari. Per i giudici il consenso dell'attore riguardava solo la pubblicazione su una determinata rivista e non anche l'utilizzo delle foto per uno scopo diverso, vale a dire la pubblicità dello scooter, non potendosi discorrere (rispetto a questo profilo) neppure di consenso implicito. Cfr. BGH, 8 maggio 1956 - I ZR 62/54, in *NJW*, 1956, pp. 1554.

<sup>25</sup> S. KLÄVER, *Bereicherungsrechtliche Ansprüche bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht*, Hamburg, 1999, pp. 185 ss. In giurisprudenza, tra le tante, rileva la vicenda dell'attore Oskar Lafontaine che, poco dopo le dimissioni da ministro delle finanze, ha visto la propria immagine utilizzata da una grande compagnia di autonoleggio in una pubblicità che ritraeva il gabinetto federale. I giudici del BGH hanno ritenuto che, nella specie, l'immagine o il valore pubblicitario dell'attore non si

informazione meritevole di protezione, il titolare dei diritti deve consentire, anche contro la sua volontà, la pubblicazione del ritratto.

Nel caso Marlene Dietrich i giudici tedeschi, proprio partendo da queste premesse, hanno espressamente riconosciuto il diritto – *post mortem* – di un personaggio famoso allo sfruttamento commerciale della propria popolarità attraverso un'immagine ad essa associata. La vicenda trae origine dal fatto che il produttore di un musical berlinese “*Sagt mir wo die Blumen sind*” (1993), dedicato alla vita di Marlene Dietrich, aveva consentito ad una azienda automobilistica di utilizzare un ritratto dell'attrice e il *lettering* “Marlene” per pubblicizzare un modello speciale di veicolo. Di fronte alle istanze degli eredi, il ragionamento seguito dai giudici per riconoscerne le pretese, e superare orientamenti più antichi che ritenevano non si potesse configurare un diritto economico postumo all' utilizzo dell' immagine, è interessante e si fonda sulla considerazione che, “*dies sei vor allem auch deshalb erforderlich, weil ansonsten der durch die Leistungen des Verstorbenen geschaffene und in seinem Bild, seinem Namen oder seinen sonstigen Persönlichkeitsmerkmalen verkörperte Vermögenswert nach seinem Tode dem Zugriff eines jeden beliebigen Dritten preisgegeben werde anstatt ihn den Personen, die ihm zu Lebzeiten nabestanden, zukommen zu lassen. Unberührt bleibt davon die Auseinandersetzung mit bekannten Persönlichkeiten in den Medien, die selbstverständlich zulässig ist*”<sup>26</sup>.

È, dunque, solo un utilizzo intenzionale dell' immagine da parte di terzi, assistito dallo scopo specifico di ricavarne un utile, a far sorgere un diritto alla restituzione di quanto illegittimamente percepito<sup>27</sup>. Il punto di flessione del ragionamento è qui rappresentato dalla circostanza che “*die zum Schadensersatz bei Verletzung vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts auch nach dem Tod entwickelten Grundsätze lassen sich nicht auf Fälle übertragen, in denen keine kommerzielle Interessen in der Person der Verstorbenen bestehen und ihrer Abbildung kein wirtschaftlicher Wert zukommt*”, per cui alcun compenso monetario spetta allorché non si sia in presenza di una utilizzazione economica<sup>28</sup>. Di tal che, ad esempio, la pubblicazione di interviste di personaggi famosi – anche inventate – al limitato scopo di accrescere l' attenzione verso una determinata piattaforma, presentando importanti opportunità di utilizzo commerciale, fonda una richiesta di restituzione di quanto percepito.

Vero è che non sempre la pubblicazione dell' immagine senza consenso è illecita, dovendosi tener conto dell' interesse alla formazione dell' opinione pubblica che può essere veicolato anche attraverso la pubblicità che pur rientra nella tutela della libertà di espressione (art. 5, comma 1, GG) e di manifestazione

---

riflettesse sul servizio pubblicizzato e, quindi, hanno negato la pretesa del richiedente. Cfr. BGH, 26 ottobre 2006 - I ZR 182/04.

<sup>26</sup> BGH, 1 dicembre 1999 – I ZR 49/97.

<sup>27</sup> Nella specie cfr. LG Offenburg, 15 novembre 2022 - 2 O 20/21 a proposito di un' azione intentata da Boris Becher per l' uso non autorizzato della sua immagine in un programma di intrattenimento del comico Pocher nell' ottobre 2020. I giudici hanno ritenuto che, trattandosi di immagini attuali, alcun danno è derivato al tennista.

<sup>28</sup> BGH, 6 dicembre 2005, Az. VI ZR 265/04.



artistica. Del pari indubbio che, sul piano operativo, poiché ognuno può decidere autonomamente sull' utilizzo dei dati personali, comprese le immagini, qualsiasi attività di *marketing* a fini pubblicitari richiede il consenso dell' interessato. Condizione questa cui non si sottraggono i “*Prominenten*” che hanno diritto di controllare l' uso del proprio ritratto determinando gli scopi promozionali e il contesto in cui questo può essere utilizzato<sup>29</sup>.

Se è vero che colui che scatta una foto o fa un servizio ne è anche proprietario è anche vero che la pubblicazione di una immagine deve sempre essere autorizzata, ai sensi del § 22 Abs. 1 KUG o dell' art. 6, c. 1 lettera a) GDPR<sup>30</sup> e può essere distribuita o esposta pubblicamente solo con il consenso della persona raffigurata presumendosi, nei casi dubbi, il consenso solo laddove quest' ultima abbia comunque ricevuto un compenso per essersi lasciata raffigurare<sup>31</sup>. La stessa rappresentazione di una celebrità, attraverso un “sospia”, finisce così per ricadere nell' ambito applicativo di cui al § 22 KUG a meno che non si tratti di una somiglianza meramente casuale, tale da non ingenerare confusione nel pubblico e laddove appaia prevalente l' attività del produttore nella selezione dell' attore da utilizzare per fini artistici.

Così nel caso “*Simply the best - Die Tina Turner Story*”. Qui, il fatto che il produttore pubblicizzasse lo spettacolo, facendo ricorso ad un sosia, con poster raffiguranti la cantante e utilizzandone il nome, non è stato ritenuto dai giudici condizione sufficiente a far sorgere un diritto al risarcimento del danno. Se è vero, insomma, che l' uso del ritratto di un “*Prominenter*” aumenta l' attenzione del pubblico è anche vero che occorre tener conto pur sempre dell' esistenza di un diritto alla libertà artistica. Sicché, pubblicizzare uno spettacolo in cui le canzoni di una cantante famosa sono intonate da un' artista che le assomiglia notevolmente, è fondamentalmente manifestazione di libertà artistica. Per i giudici una violazione ingiustificata della componente patrimoniale dei diritti generali della personalità dell' originale *Prominenter* sarebbe configurabile solo se – come non era accaduto nel caso di specie – si desse l' impressione “*der unzutreffende Eindruck erweckt würde, das prominente Original unterstütze sie oder wirke sogar an ihr mit*”<sup>32</sup>. Il che val

---

<sup>29</sup> BVerfG, 22 agosto 2006 - 1 BvR 1168/04, in GRUR, 2006, pp. 1049 s., C. ALEXANDER, *Das Spannungsfeld zwischen investigativem Journalismus und dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen*, in *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, in *AfP*, 2017, 6, pp. 556 ss.

<sup>30</sup> Il § 22 KUG recita “*Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablauf von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten*”. Sul punto, J. KOWALEWSKY, *Die Werbung mit prominenten Personen ohne deren Einwilligung Das Recht am eigenen Bild und am eigenen Namen*, Oldenburg, 2012, *passim*.

<sup>31</sup> In dottrina, cfr. H.P. GÖTTING, in G. SCHRICKER, U. LOEWENHEIM (Hrsg.), *Urheberrecht*, 2010, Rdnr. 7 zu § 60 / § 22 KUG. In BGH 14 aprile 1992, in *NJW*, 1992, pp. 2084 ss. i giudici hanno ritenuto che la pubblicizzazione dell' immagine del noto attore Joachim Fuchsberger, che aveva indossato un paio di occhiali (ed era stato fotografato), da parte della *maison* integrasse gli estremi di una *Eingriffskondition* e cioè creasse le condizioni per un' azione basata su una illecita interferenza.

<sup>32</sup> BGH, 24 febbraio 2022 – I ZR 2/21.

quanto dire che le tutele si attivano laddove la possibilità di sfruttamento commerciale sia concreta ed effettiva e sia stata violata.

Sul piano rimediabile, se si mettono da parte le tutele che attingono a soluzioni che non presentano ricadute economiche ma mirano alla cessazione della condotta, è allorché ci si sposta sul piano delle *Schadensersatz* o di specifiche *Geldersatzansprüchen* che si apprezza l'ampiezza di quello che si è definito "costo del consenso". In questi casi, l'ordinamento tedesco mette a disposizione del soggetto leso una serie di rimedi il cui obiettivo è appunto quello di porre rimedio alla violazione delle componenti finanziarie del diritto generale della personalità.

In presenza di un danno, accanto alla richiesta di risarcimento derivante da una violazione dei diritti personali attraverso la pubblicità *ex* § 823 I BGB o § 823 II (in combinato disposto con §§ 22, 23 KUG), il personaggio famoso può, in alternativa, limitarsi a chiedere una somma corrispondente ai diritti di utilizzo dell'immagine (*Lizenzvergütung*).

Nel tempo, soprattutto grazie ad una giurisprudenza che – come si diceva – ha progressivamente riconosciuto la forte componente economica che caratterizza alcuni diritti della personalità, si è fatta strada la possibilità ulteriore di esigere la restituzione del profitto che l'utente non autorizzato ha tratto dal suo intervento ai sensi del § 812 I 1 Alt. 2 BGB. Il riferimento, in questi casi, è all'*Eingriffskondiktion* e, dunque, all'arricchimento da ingerenza derivante da illecito, ottenuto a svantaggio di altri per effetto di un'invasione nella relativa sfera giuridica che appronta una adeguata tutela risarcitoria laddove si determini una violazione dell'obbligo di astenersi dall'invasione i diritti e la *privacy* di una persona<sup>33</sup>. Come dire che colui il quale agisce illecitamente e si arricchisce deve anche sopportare la perdita dell'arricchimento che si è prodotto<sup>34</sup>.

Tale figura, originariamente sorta sulla linea di confine con la sfera dell'illecito, siccome imperniata su una connotazione in senso marcatamente antigiusdicario della condotta dell'usurpatore, ha progressivamente assunto un'autonoma collocazione nel quadro del principio dell'ingiustificato arricchimento, nonché una propria specifica funzione di tutela, tesa alla salvaguardia del potere, riservato unicamente al titolare, in ordine alle scelte concernenti la concessione a terzi della facoltà di sfruttamento rispetto a beni oggetto di allocazione esclusiva. A questa considerazione, dottrina e giurisprudenza tedesche sembrano allinearsi, nel senso di ritenere che – in caso di uso non consentito di immagine da parte di un *testimonial* – in discussione non sia il risarcimento del danno ma, piuttosto, quello dei vantaggi

---

<sup>33</sup> B. DICKSON, *The Law of Restitution in the Federal Republic of Germany: A Comparison with English Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1987, 4, vol. 36, pp. 771 ss.

<sup>34</sup> J. KOWALEWSKY, *op. cit.*

di cui è stato privato il proprietario del bene danneggiato. Il fondamento dell' azione sembra essere rappresentato da un bene che genera "valore".

La *Eingriffskondiktion* guarda dunque ai vantaggi economici di cui è stato privato il titolare del diritto<sup>35</sup> sì che solo il concreto sfruttamento economico di questo diritto può dar vita ad una "*Anspruch auf Wertersatz*" ex §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB<sup>36</sup>.

4. Va da sé che un discorso diverso va fatto, invece, rispetto al danno non patrimoniale. Secondo la costante giurisprudenza del BGH, in questi casi, la richiesta di risarcimento pecuniario è subordinata, per un verso, alla presenza di una grave violazione dei diritti della persona e, per l' altro, all' impossibilità di attivare altri rimedi. In presenza di un danno non patrimoniale legato all' uso improprio di una immagine, in discussione non è il risarcimento dello *Schmerzensgeld*, di cui al § 847 BGB, quanto piuttosto la necessità di dare risposta alla violazione della dignità umana. Laddove è chiaro che il combinato disposto del § 823 BGB e dell' art. 1 GG offre la cornice giustificatrice all' interno della quale si colloca il riconoscimento di un danno che si concentra sul soddisfacimento delle ragioni della vittima del danno e svolge una funzione essenzialmente preventiva<sup>37</sup>.

La violazione, comunque, deve essere grave e cioè integrare gli estremi di derisione, pubblicità abusiva o, nel caso di dichiarazioni inventate, vulnerazione della propria sfera intima o privata, secondo quanto si ricava da una giurisprudenza che si è posta alla ricerca di indicatori importanti da cui desumere la gravità della violazione<sup>38</sup>.

Su questa scia, ben noti si rivelano, anche nel nostro ordinamento giuridico, i casi di lesione della dignità da parte di determinati messaggi pubblicitari<sup>39</sup>. Anche qui la valutazione della gravità della

<sup>35</sup> V. EMMERICH, *BGB-Schuldrecht Besonderer Teil*. 12 Aufgabe, Heidelberg, 2009, pp. 230 ss.

<sup>36</sup> C.W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 13. Auflage 1994, § 69 I1d, S.171

<sup>37</sup> BGH, 5 dicembre 1995 - VI ZR 332/94, dove per l' appunto i giudici discorrono di *Präventionsgedanken*.

<sup>38</sup> H.P. GÖTING, C. SCHERTZ, W. SEITZ, *Handbuch des Persönlichkeits rechts, Presse- und Medienrecht*, München, 2019, pp. 850.

<sup>39</sup> Eloquente è quello raffigurante una ragazza seminuda e semisdraiata su un divano la quale, con espressione rassegnata, ostentava un collare in pelle nera, con incastonati vistosi aculei. In tale ipotesi, il Giurì dell' Autodisciplina pubblicitaria ritenne che fosse innegabile il suggerimento dell' idea della donna come oggetto di dono e che il contrasto fra la delicatezza della ragazza e l' immagine degli aculei intorno al collo urtasse con il rispetto per la donna, per di più adolescente e con le esigenze di difesa della sua dignità (Giurì, n. 40/01, in *www.iap.it*). Un altro esempio può essere offerto da una pronuncia della medesima autorità, del 13 marzo 2006, n. 38, in *Dir. ind.*, 2006, 4, pp. 376 ss., con nota di F. M. ANDREANI, *Il testimonial hard e la dignità della persona*. Il caso era quello dell' assimilazione della donna all' alimento della patatina, determinandosi, così, una riduzione dell' universo femminile ad una merce da consumare a puro piacimento dell' uomo, e, quindi, una violazione della dignità della persona. Ancora, si pensi all' annuncio pubblicitario che illustrava una scritta sulla schiena nuda di una giovane donna inginocchiata a testa bassa verso il lettore, vista in un atto di asservimento e sottomissione, senza viso né cervello, così, chiaramente, privata della sua dignità (Giurì, n. 289/01, in *www.iap.it*). Altra ipotesi, ancora più significativa, è quella che mostra una donna di colore che, ripresa di schiena totalmente nuda, porta addosso delle catene da neve agganciate ai fianchi, costrizioni che – sottolinea il Giurì – “vengono fatte ‘indossare’ ai copertoni, alle gomme d' automobile”, sì da rilevare che “farle indossare ad una donna, in più nuda, ha un indubbio valore di mercificazione” (Dec. 31/01: *Comitato di Controllo c. Weissenfels S.p.A., Ag. Casiraghi Greco S.r.l.*, in *www.iap.it*).

condotta pare ricavarsi da tutta una serie di indici, non ultimo l'elemento psicologico del danneggiante. Per la Corte d'Appello di Milano, ad esempio, nel caso prima citato, il danno non patrimoniale risiede nella lesione dei diritti della persona, che si evince dal dato per cui il corpo della donna fosse "mortificato, mercificato ed utilizzato alla stregua di un manichino, (...), sì da compromettere l'integrità dell'immagine e la dignità della persona"<sup>40</sup>. Il che rileva ancora di più se si considera che il contratto concluso tra le parti prevedeva proprio che il volto e il corpo dell'artista non potessero subire alcuna modifica nei lineamenti o nelle espressioni" e che "qualsiasi manipolazione non autorizzata della figura sarebbe stata considerata come un danno per l'immagine dell'artista e come inadempimento dell'intero rapporto contrattuale"<sup>41</sup>.

Come dire che la comunicazione commerciale, pur svolgendo un ruolo particolarmente utile nel processo economico, deve pur sempre ispirarsi ai canoni di verità, onestà e correttezza, nel rispetto della dignità della persona in tutte le sue "forme ed espressioni e deve evitare ogni forma di discriminazione, compresa quella di genere" (art. 10 CAP)<sup>42</sup>, vieppiù quando il messaggio è veicolato attraverso l'uso di piattaforme informatiche. Non a caso la digitalizzazione è entrata negli *standard* globali per la pubblicità responsabile della Camera di Commercio Internazionale (ICC) che ha elaborato una serie di regole etiche destinate a valere per *blogger*, *influencer* e *vlogger*. Dal canto suo, il *Deutschen Werberat*, pur ripetutamente investito delle questioni riguardanti pubblicità lesive della personalità del *Prominenten*, ha sempre evitato, in quanto organo amministrativo, di pronunciarsi in materia<sup>43</sup>.

Il tema già ricorre pertanto rispetto alla diffusione di determinate forme di pubblicità nei *media* tradizionali, ma evidentemente si attualizza in ambito di *social network* attesa la diffusione ben più rapida e ad ampio raggio dell'immagine della *celebrity* con la conseguente moltiplicazione delle ipotesi di attentato all'identità della persona<sup>44</sup> e alla vita privata tutelata *ex art. 8 CEDU*<sup>45</sup>. I contratti sui diritti della personalità

<sup>40</sup> App. Milano, 22 gennaio 2021, cit.

<sup>41</sup> App. Milano, 22 gennaio 2021, cit.

<sup>42</sup> Il tema è approfondito da B. POZZO, *La pubblicità del prodotto moda e la tutela della dignità della donna: le nuove iniziative in un'analisi di diritto comparato*, in B. POZZO, V. JACOMETTI (a cura di), *Fashion Law. Le problematiche giuridiche della filiera della moda*, 2016, Milano, pp. 365 ss.; ID., *Protecting the dignity of women in fashion advertisement: The new legal initiatives in a comparative law perspective*, in E. MORA, M. PEDRONI (a cura di), *Fashion Tales: Feeding the Imaginary*, Bern · Bruxelles · Frankfurt am Main · New York · Oxford · Warszawa · Wien, 2017, p. 309. Cfr. altresì R.E. CERCHIA, *Naked Women And LAP Case Law: A Defense Against The Inappropriate Use Of Women In Italian Commercial Advertising*, in *Global Jurist*, 2012, 4, vol. 12.

<sup>43</sup> Cfr. <https://www.werberat.de/content/leitfaden-zum-werbekodex-des-deutschen-werberats>, nonché il *Deutscher Werberat Leitfaden zum Werbekodex*.

<sup>44</sup> In merito, si rinvia a M. TAVELLA, *L'utilizzo del corpo femminile nella pubblicità: i limiti da rispettare*, in *Dir. ind.*, 2017, 1, p. 106.

<sup>45</sup> Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 2002; Corte eur. dir. uomo, 24 giugno 2004; Corte eur. dir. uomo, 19 settembre 2013, n. 8772, tutte in *www.ech.coe.int*. Al riguardo, osserva G. FINOCCHIARO, *La protezione dei dati personali e la tutela dell'identità*, in G. FINOCCHIARO, F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, Milano, 2014, pp. 120 ss. che il diritto alla protezione dei dati personali va specificamente distinto dal diritto alla riservatezza, atteso che quest'ultimo è il diritto di creazione giurisprudenziale consistente "nell'escludere altri dalla conoscenza di vicende strettamente personali e familiari", quale diritto a contenuto negativo, di non fare conoscere e mantenere riservate alcune informazioni, piuttosto che a contenuto positivo, quello cioè di esercitare un controllo sulle medesime.

si caratterizzano, così, per l'applicazione di un regime maggiormente protettivo rispetto a quello ordinario, volto a conciliare le esigenze di certezza e stabilità dello scambio con i precetti costituzionali di tutela della dignità e dell'autodeterminazione della persona<sup>46</sup>. Gli attributi della personalità, ancora di più nell'orbita dei *social network*, sono, d'altronde, "diritti di esclusione" poiché corrispondono alle qualità della persona che devono essere difese nel rapporto con gli altri<sup>47</sup>, sicché un abusivo sfruttamento della celebrità altrui, in tutte le sue sfaccettature, non può che costituire una ulteriore ed evidente manifestazione della lesione della libertà di scelta nel *social media marketing*.

---

<sup>46</sup> Testualmente G. RESTA, *Contratto e persona*, nel *Tratt. del contr.*, dir. da V. ROPPO, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, pp. 67 ss.

<sup>47</sup> G. ALPA, *Alle origini dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 3, p. 684; R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in ID. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, p. 1 ss.

## INDICE DEGLI AUTORI

ARIANNA ALPINI, Professoressa associata di diritto privato, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata.

MARTA CENINI, Professoressa associata di diritto civile, Dipartimento di Diritto, Economia e Culture dell'Università degli Studi dell'Insubria, Avvocata.

ENRICO DAMIANI, Professore ordinario di diritto civile, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata, Direttore della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali delle Università degli Studi di Camerino e Macerata, Notaio.

GIACOMO FURLANETTO, Dottorando di ricerca in Diritto e Scienze Umane - Università degli Studi dell'Insubria.

GEO MAGRI, Ricercatore di diritto privato, Dipartimento di Diritto, Economia e Culture dell'Università degli Studi dell'Insubria, Abilitato alle funzioni di professore universitario di II fascia nel settore 12/A1, settore scientifico disciplinare IUS/01.

ANGELA MENDOLA, Dottoressa di ricerca in "Comparazione e diritti della persona", Università degli Studi di Salerno; abilitata alle funzioni di professore universitario di II fascia nel settore 12/A1, Avvocata.

SANDRO NARDI, Professore associato di diritto privato, Dipartimento di Economia, Management e Territorio, Università degli Studi di Foggia.

DARIA ONITIU, Postdoctoral researcher, Oxford Internet Institute, University of Oxford.

FEDERICO ONNIS CUGIA, Dottore di ricerca in Management and Law, Curriculum Diritto dell'economia, Università Politecnica delle Marche; Professore a contratto di Diritto delle assicurazioni, Università San Raffaele (Roma); Abilitato al ruolo di Professore Associato di Diritto dell'economia, dei mercati finanziari e agroalimentari e della navigazione; Avvocato.

FRANCESCA ROTOLO, Dottoranda "Diritto, mercato e persona" dell'Università Ca' Foscari di Venezia.

VALENTINA ZAMPAGLIONE, Assegnista di ricerca in diritto privato, Università degli Studi di Napoli Federico II, Dottoressa di ricerca in "Istituzioni e Politiche ambientali, finanziarie, previdenziali e tributarie", Università degli Studi di Napoli Federico II.