



## L'IMPATTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE SUL DIRITTO

ARIANNA ALPINI

**SOMMARIO:** 1. *Tecnologie, interpretazione giuridica e temporalità.* - 2. *Segue. Il tempo della vita e della morte.* - 3. *L'ordine temporale della calcolabilità giuridica e il significato esistenziale del diritto.* - 4. *Principi, valori e 'giustizia predittiva'.* - 5. *La 'decisione robotica'.* - 6. *Il giudizio giuridico e il 'tempo della coscienza'.* - 7. *Il diritto di accesso all'algoritmo del software di gestione del procedimento amministrativo.* - 8. *Smart contracts.* 9. - *Segue. Blockchain e controllo di legalità.* 10. *Driverless car e responsabilità civile.* - 11. *Il procedimento. Necessità di rileggere il contratto alla luce dell'«interesse delle parti ad una negoziazione consapevole ed informata».* - 12. *Segue. Rimodulazione del 'tempo del contratto'. Interesse a differire la manifestazione del consenso alla produzione degli effetti giuridici.*

1. Il rapporto tra interpretazione giuridica e nuove tecnologie, richiama nuovamente l'attenzione sulla valutazione del 'tempo', sul cambiamento dei modi di esplicarsi dell'attività umana e nella stessa visione della realtà, sollecitando il giurista contemporaneo a sottoporre a revisione le basi del proprio mestiere<sup>1</sup>. Il tempo che accanto allo spazio rappresenta la tradizionale coordinata interpretativa, si arricchisce di nuove implicazioni sistematiche e prima ancora esistenziali; esso, in relazione agli effetti che le nuove tecnologie producono sui fatti naturali e umani, è non più soltanto una variabile, se pur determinante delle vicende giuridiche, ma una 'condizione esistenziale' modificatrice di senso cioè della denotazione stessa della cultura generale sottoposta alla spinta di forze cognitive nuove<sup>2</sup>.

2. L'incidenza delle tecnologie è così penetrante da condizionare il tempo della vita e della morte dell'individuo. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>3</sup> hanno posto al giurista la necessità di valutare in termini nuovi la vita e l'embrione umano, la salute, il senso della genitorialità, il corpo della donna e la sua dignità, le relazioni familiari e affettive, l'interesse del minore. Il superamento del principio di verità - corrispondente al legame biologico tra madre e figlio - da una parte, e il divieto di surrogazione di maternità dall'altra, rappresentano gli estremi paradigmatici della complessità contemporanea caratterizzata dal concetto di identità: il diritto di conoscere la propria identità, il diritto all'oblio, il diritto alla privacy, all'anonimato e all'identità digitale.

Si pensi altresì ai dispositivi di nutrizione e idratazione artificiale, ai quali si ricollega la respirazione meccanica effettuata attraverso la ventilazione forzata<sup>4</sup>. Tali ausili tecnologici biomedici cc.dd. salvavita permettono di protrarre a tempo indefinito il momento della morte organica, con implicazione sulla morte giuridica fissata dalla legge nella cessazione definitiva e irreversibile di tutte

---

<sup>1</sup>V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 431 ss.; E. RESTA, *Il tempo e lo spazio del giurista*, in G. COMANDÉ e G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 253 ss. G. SARACENI, *Il tempo nel diritto*, in *Iustitia*, 2003, p. 459 ss.

<sup>2</sup>B. ROMANO, *Il senso esistenziale del diritto nella prospettiva di Kierkegaard*, Milano, 1973, p. 24 ss.; V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, cit., p. 435 ss.

<sup>3</sup>A. ALPINI, *Heterologous Fertilization between Science and Law: what Future is expected?*, in *Revista De Derecho, Empresa y sociedad (REDS)*, n. 7, 2015, pp. 188-194; EAD., *Scienza e diritto: quale verità?*, in E. VERA-CRUZ PINTO, M.A. MARQUES DA SILVA e M.C. DE CICCIO (a cura di), *Direito à verdade, à memória, ao esquecimento*, Lisboa, 2017, pp. 81-105.

<sup>4</sup>G. BATTIMELLI, in *Medicina e morale*, 2011, 3, pp. 427-439.



le attività dell'encefalo<sup>5</sup>. L'interruzione del corso naturale degli eventi determina una situazione di quiescenza nella quale la persona si trova sospesa tra la vita e la morte. Da questa prospettiva che presenta una concezione di morte profondamente modificata, si può comprendere la ragione del cambiamento che emerge dal concetto di 'relazione di cura', atteso che il «tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura»<sup>6</sup>. La complessità di fronteggiare condizioni biologiche di esistenza della persona sconosciute in natura e create dall'avanzamento tecnologico, rappresenta il substrato della legge sulle Disposizioni anticipate di trattamento sanitario<sup>7</sup>. La legge pone problemi di non poco momento in relazione al potere del fiduciario e delle figure rappresentative del paziente incapace di intendere e di volere, sulle decisioni che si estrinsecano in atti personalissimi come il diritto di rifiutare le cure e di lasciarsi morire. La novella è stata già sottoposta al vaglio della Consulta<sup>8</sup>. Si prospetta l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5 della legge n. 219/2017 nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno, la nomina del quale preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, ritenendo le disposizioni in violazione degli articoli 2, 3, 13, e 32 della Costituzione<sup>9</sup>. L'istituto tradizionale della rappresentanza, nonostante il potenziale applicativo della legge sull'amministrazione di sostegno, manifesta la sua inadeguatezza. La legge appresta tutela a quello spazio temporale nel quale la persona è incapace di compiere consapevolmente delle scelte esistenziali, consentendo di disporre anticipatamente per un tempo ipotetico. Tuttavia l'obiettivo della legge, l'interesse che si appresta a tutelare è inevitabilmente limitato dalle stesse tecnologie, la veloce evoluzione delle quali, può rendere inattuali e incongruenti le disposizioni redatte nell'arco temporale spesso di molto precedente il momento nel quale richiedono con urgenza di essere attuate<sup>10</sup>. L'evoluzione giuridica promossa dalle problematiche sollevate reagisce ancorando la valutazione al caso concreto, alla meritevolezza degli interessi, secondo un ordine ragionevole di compatibilità e preferenze coerente al sistema e alla sua irrinunciabile unità nel momento applicativo<sup>11</sup>. I principi supremi dell'ordine costituzionale, nonostante pregiudizi, diffidenza e conservatorismo<sup>12</sup>, rappresentano gli insostituibili strumenti di lavoro del giurista in un sistema che sia autenticamente aperto e pluralista. In questa prospettiva, che si profila squisitamente di *ars interpretandi*, torna di grande attualità la questione del diritto come scienza dello spirito, e il dialogo tra il giurista e il filosofo sul rapporto tra ontologia ed epistemologia<sup>13</sup>.

---

<sup>5</sup> Legge 29 dicembre 1993, n. 578 integrata dalla legge 1 aprile 1999, n. 91 per l'ipotesi di espianto degli organi.

<sup>6</sup> Art. 1, comma 8 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento".

<sup>7</sup> Legge n. 219/2017, cit.

<sup>8</sup> Trib. Pavia, sez. II, 24 marzo 2018, Giud. Tutelare dott. Michela Fenucci, in *giurisprudenzapenale.com*.

<sup>9</sup> D. CARUSI, *Legge sul biotestamento*, in *Corr. giur.*, 3, 2018, p. 298 ss.; G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 375 ss.; F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 153.

<sup>10</sup> R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 6, 2018, p. 693 e s.; V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, p. 640.

<sup>11</sup> G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 16 ss.; A. ALPINI, *Compatibilità e analogia nell'unità del procedimento interpretativo. Il c.d. rinvio in quanto compatibili*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2016, p. 701 ss.

<sup>12</sup> P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali SISDiC*, 1, 2017, p. 1 ss.

<sup>13</sup> Il riferimento è a E. Betti e al suo dialogo con G. Gadamer, sul quale A. CONDELLO e M. FERRARIS, *L'ermeneutica giuridica come tecnica*, in *Rivista di estetica*, 67, 2018, pp. 219-229.



3. Il tema della temporalità assume una centralità di primo piano a partire dalle elaborazioni sul significato esistenziale del diritto<sup>14</sup>. Il divenire, quale elemento ontologico della natura umana, caratterizza il fenomeno giuridico identificandosi non nella semplice e nuda concretizzazione tecnica delle proposizioni giuridiche, ma nella sua storicità<sup>15</sup>. Tuttavia, nelle reti telematiche, nell'era della globalizzazione del commercio, il linguaggio più veloce si propone come predominante. Da questa prospettiva di analisi, l'uomo vivrebbe una fase di transizione verso il *postumanesimo* caratterizzata dal processo di ibridazione tra intelligenza dell'uomo e intelligenza artificiale per il quale «i sensi dell'uomo e i sensori delle macchine si coappartengono in un *continuum* che vede l'uomo limitarsi ad una interfaccia informativa»<sup>16</sup>. L'uomo diverrebbe uno scenario vitale ma 'desoggettivizzato' dove si intersecano molti canali di informazione tutti qualificati da un *nuovo ordine temporale*: il tempo asservito alla velocità di calcolare, anticipare le diverse sequenze delle molte operazioni che le tecnoscienze concretizzano nella combinazione tra biologia e informatica. Nel tempo del linguaggio digitale, «il diritto si svuota nel suo divenire apparato macchinale che non apre lo spazio all'interpretazione»<sup>17</sup>. Sarebbe iniziato quel processo culturale che tende alla fine della filosofia 'del diritto' e 'nel diritto'<sup>18</sup>, in cambio di una scienza giuridica senza giurista dove la ricerca di senso si dissolve nel produrre, monitorare e consumare il benessere biologico: si prospetta così l'esito finale della deriva nichilista<sup>19</sup>.

4. Le tecnologie incidono sul tempo anticipando gli effetti dei fatti, consentendo di poterli prevedere e dunque anche di ostacolarli o favorirli attraverso complessi procedimenti logico-matematici. Si pensi alla c.d. giustizia predittiva<sup>20</sup>. In questo contesto il ruolo dei precedenti serve a chiarire la fruizione del tempo nella decisione della causa. Per individuare i precedenti ci si muove dal presente verso il passato secondo una logica inferenziale e del ragionamento induttivo: si raccolgono informazioni dal passato da utilizzare nel presente per prevedere e decidere<sup>21</sup>. Quando si dispone di un grande numero di precedenti conformi che nel linguaggio statistico è chiamato 'mucchio', allora si potrebbe concludere tramite inferenza<sup>22</sup>. Parte del processo decisionale potrebbe operare con la guida di un algoritmo in grado di garantirne la coerenza logica. Tuttavia, manca un criterio operativo per stabilire quando si è in presenza di un 'mucchio'<sup>23</sup>. Ulteriore problema si riscontra nella gestione del 'linguaggio dei precedenti'. Sarebbe necessario definire un modello di lettura dei dati che disciplini il passaggio di questi all'informazione, considerando però che le esigenze della inferenza richiedono un'opinione iniziale che sia base per l'interpretazione. Il punto è che una ricerca guidata, ma priva di una ipotesi o intuizione, non può portare ad una cono-

---

<sup>14</sup>L. DI SANTO, *Diritto e tempo nella riflessione filosofico-giuridica di Bruno Romano*, in *i-lex.it*, 9, 2010, p. 131 ss.

<sup>15</sup>S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 87 ss.

<sup>16</sup>B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e Nichilismo giuridico. Postumanesimo 'Noia' Globalizzazione*, Torino, 2004, p. 69 ss.; L. DI SANTO, *o.c.*, p. 139 ss.

<sup>17</sup>B. ROMANO, *o.l.u.c.*

<sup>18</sup>P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 3<sup>a</sup> ed., 2006, p. 53 ss.

<sup>19</sup>B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, Torino, p. 2005, p. 30 ss.

<sup>20</sup>M. DE FELICE, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 6, p. 1546 ss.

<sup>21</sup>N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 923 ss. e ID., *Sulla relazione logica di non-conformità (precedente e susseguente)*, Seminari «Leibniz» per la teoria e la logica del diritto – II. I precedenti, Accademia dei Lincei, Roma, 6 luglio 2017, p. 10 ss.

<sup>22</sup>A. VITERBO e A. CODIGNOLA, *L'Intelligenza artificiale e le sue origini culturali*, in *Giur. it.*, 2004, p.

<sup>23</sup>B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità*, Torino, 1970, p. 565 ss.



scenza adeguata<sup>24</sup>. Restano altresì i problemi di indicizzazione semantica provocati dai formati delle sentenze non strutturati che variano per tecnica redazionale, presentano periodi articolati con numerose subordinate e che manifestano le ambiguità del linguaggio naturale misto a forme dei linguaggi tecnici settoriali<sup>25</sup>. Tuttavia, se si considera che nello schema decisionale rientrano inevitabilmente i *principi*, la calcolabilità giuridica, pur non essendo irrimediabilmente alterata, sarebbe comunque *'inquinata'*<sup>26</sup>. Prova delle difficoltà operative è il fatto che non vi è ancora uniformità sul modo di intendere la probabilità: vi sarebbe un pregiudizio epistemologico nella presunta oggettività della stessa che si suppone garantita soltanto dalla simmetria o dalla frequenza<sup>27</sup>.

5. Nel tentativo di impostare un paragone tra la decisione giudiziaria e la *decisione robotica* si osserva che vi sarebbe soltanto un'unica «parziale divergenza» nell'ipotesi della *'decisione per valori'* che la macchina sostituirebbe con la *'funzione utilità'*<sup>28</sup>. Soltanto se i valori divenissero anch'essi misurabili, allora anche questa modalità decisoria potrebbe trovare applicazione nell'ambito del procedimento algoritmico. D'altra parte, se occorre elevare il dubbio a metodo di ogni indagine scientifica, si dubita che la decisione robotica possa essere concepita come una decisione «altamente umana»<sup>29</sup>. Vincolare la macchina alla giurisprudenza anteriore impedirebbe di fatto l'evoluzione del pensiero giuridico e si porrebbe in conflitto con l'art. 101 cost. che sancisce la soggezione del giudice soltanto alla Legge. Ciò tanto più se si considera l'etica del cambiamento nella quale la Corte di cassazione rilegge la propria funzione nomofilattica<sup>30</sup> in linea con il primato dei valori che implica il superamento della logica formale scandita dall'art. 12 Disp. prel. c.c. L'idea di un automa-giudice si espone comunque a diverse considerazioni critiche: oltre al problema del rapporto tra *robot* e precedenti, vi è quello del potere di colui che progetta l'algoritmo in base ad un accordo intersoggettivo; la questione della programmazione della dottrina giuridica del *robot*; la quantificazione della soglia di dubbio necessario e sufficiente per adire la Corte costituzionale nell'ambito di un giudizio in via incidentale, nonché la determinazione dei criteri che dovrebbero soccorrere il *robot* nell'esercizio di poteri discrezionali o nell'interpretazione di clausole generali<sup>31</sup>. Se l'opera di individuazione delle norme da applicare al caso concreto può essere agevolata da programmi che forniscono il *diritto formalmente vigente*, le abrogazioni

---

<sup>24</sup>R. CASATI, *Prima lezione di filosofia*, Bari, 2011, p. 173 ss.

<sup>25</sup>A. ALPINI, *Lingua italiana e identità nazionale*, in *civilistica.com*, 2, 2018, p. 5 ss.

<sup>26</sup>N. IRTI, *I «cancelli delle parole» (intorno a regole, principi, norme)*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2006, p. 61 ss.

<sup>27</sup>M. TARUFFO, *Prova giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, p. 1028 ss.

<sup>28</sup>M. MOCCHEGIANI, *Algoritmi e diritto: i nuovi orizzonti (più o meno rassicuranti) della decisione robotica* (Cronache del Convegno "Decisione robotica", Accademia dei Lincei, Roma, 5 luglio 2018), in *forumcostituzionale.it*, p. 3.

<sup>29</sup>Secondo N. Irti [Intervento introduttivo al Convegno "Algoritmi e diritto: i nuovi orizzonti (più o meno rassicuranti) della decisione robotica", Accademia dei Lincei, Roma, 5 luglio 2018, cit.], le informazioni immesse nella macchina incorporano un elevato tasso di soggettività per essere filtrate dall'intelletto umano attraverso un atto interpretativo che ne garantisce la storicità, per questo sarebbe da escludere che le decisioni robotiche si riducano a procedimenti ripetitivi e meccanici del tutto sganciati dal materiale sul quale si formano. Da questa prospettiva la tecnica non sarebbe estranea all'umanesimo ma componente della storia dell'uomo, sí che la decisione robotica andrebbe concepita come una decisione altamente umana.

<sup>30</sup>A. ALPINI, *La funzione «nomofilattica» della Corte di cassazione*, in *Il giusto processo civile*, 1/2016, p. 219 ss.

<sup>31</sup> Sono le considerazioni di M. Luciani riportate nella Cronaca di M. MOCCHEGIANI, *Algoritmi e diritto: i nuovi orizzonti (più o meno rassicuranti) della decisione robotica*, cit., p. 4.



implicite resterebbero una attività squisitamente interpretativa e dunque semantica e in quanto tale non informatizzabile<sup>32</sup>. Tuttavia la questione interpretativa non si riduce ai problemi semantici che peraltro potrebbero essere superati con un sistema di contestualizzazione. L'oggetto dell'interpretazione non si esaurisce nella ripetizione seriale e tipica di fatti. I precedenti esprimono ragioni, valutazioni che in quanto tali, pur rappresentando una tendenza ed essendo suscettibili di quantificazione, sono caratterizzati dalla peculiarità di essere comunque aderenti ad un caso concreto. Emerge la necessità di farsi guidare dal criterio qualitativo espresso dalla meritevolezza dell'interesse, piuttosto che da criteri quantitativi che si rivelano insufficienti. Si pensi alla recente rilettura operata dalla Cassazione degli artt. 720 e 722 c.c. che al criterio quantitativo di attribuzione del bene indivisibile sostituisce quello qualitativo della meritevolezza dell'interesse pur lasciando inalterato il tenore letterale del testo delle disposizioni<sup>33</sup>.

6. Il diritto quale organismo vivente rivendica la propria esistenza come giudizio giuridico. Nella prospettiva che vede l'esperienza giuridica incarnarsi nello spazio e nei tempi del processo, ciò che rileva è il «tempo della coscienza», la *sententia animi* del giudice<sup>34</sup>. Quest'ultimo pone temporalmente in connessione il passato del diritto, il diritto vigente, con la produzione di una realtà che succede al giudizio e vive nel futuro. In ciò risiede la rilevanza filosofica ed umana del processo quale luogo spazio-temporale ove libertà e responsabilità si intrecciano per rinnovare la coscienza giuridica<sup>35</sup>. La creatività seppur «vincolata» del giudice<sup>36</sup> si collega alla natura stessa dell'attività interpretativa. Gli studi che rappresentano un riferimento imprescindibile per la teoria generale del diritto ci consegnano una concezione che supera la mera logica formale per aderire ad una interpretazione giuridica in funzione applicativa, che si colora inevitabilmente della storicità del fatto, richiedendo l'adeguamento della norma da operare con «sensibilità e intelligenza»<sup>37</sup>. Si tratta non di svolgere operazioni matematiche né algoritmiche, ma di interpretare ossia di operare giudizi di valore<sup>38</sup>. Sì che i principi – portatori di valori – saranno sempre presenti nel procedimento interpretativo-applicativo<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup>G. TADDEI ELMI, *Dal processo telematico alla giurisdizione informatica*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2007, p. 11 ss.

<sup>33</sup>A. ALPINI, *La preferenza nell'assegnazione del bene indivisibile: il criterio dell'interesse prevalente. Il nuovo orientamento della Corte di cassazione sull'interpretazione dell'art. 720 c.c.*, in *Dir. succ. e fam.*, 2/2017, pp.678-689; EAD., *Il criterio del sorteggio ex art. 729 c.c. Parità di condizioni, motivi e bilanciamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 735 ss.

<sup>34</sup>G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 57 ss.

<sup>35</sup>L. DI SANTO, *Diritto e tempo nella riflessione filosofico-giuridica di Bruno Romano*, cit., p. 142 ss.

<sup>36</sup>P. PERLINGIERI, *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 418 e 492.

<sup>37</sup>E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2<sup>a</sup> ed. riveduta e ampliata a cura di Giuliano Crifò, Milano, 1971, p. 22.

<sup>38</sup>«Le peculiarità delle circostanze, che caratterizzano l'agire e il caso concreto da decidere, richiedono al giurista non operazioni sillogistiche o logiche di carattere quasi aritmetico – e quindi tipiche –, ma “apprezzeramenti interpretativi, nei quali entrano in vibrazione la sua sensibilità dei valori giuridici nella percezione degli interessi protetti dal diritto, il suo occhio clinico e diagnostico, la sua esperienza”»: P. PERLINGIERI, “*Principi generali*” e “*interpretazione integrativa*” nelle pagine di Emilio Betti, in corso di pubblicazione.

<sup>39</sup>«Tutto il sistema delle norme costituenti l'ordine giuridico ha base e fondamento in principi e criteri di valutazione i quali presuppongono una gerarchia di valori e determinano un rango fra gli interessi che vivono e operano nella vita di relazione». L'evoluzione giuridica dipende dunque dalla sensibilità del giurista nel saper interpretare «la forza di espansione assiologica dei principi generali»: P. PERLINGIERI, “*Principi generali*” e “*interpretazione integrativa*” nelle pagine di Emilio Betti, cit.



Di conseguenza il giudice nel decidere utilizza contemporaneamente regole e principi e dunque l'interprete ricorre ai principi sempre e non soltanto là dove le regole non siano risolutive<sup>40</sup>.

7. L'esigenza di servirsi degli strumenti informatici come ausilio nell'operare umano si trasforma in una necessità per la cura dell'interesse pubblico sino ad affidare alle nuove tecnologie l'intera elaborazione del contenuto dell'atto amministrativo con conseguente riconoscimento del diritto di accesso all'algoritmo del *software* di gestione del procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990<sup>41</sup>. Le recenti innovazioni tecnologiche mirano a trasformare radicalmente il modo di lavorare dell'amministrazione, passando dal modello della mera automazione a quello dell'*e-government*. In questo scenario informato ai criteri di semplificazione e standardizzazione dei procedimenti, l'atto ad elaborazione elettronica assume un ruolo centrale. L'indagine della dottrina e della giurisprudenza si sposta dal documento amministrativo informatico - inteso come entità immateriale capace di rappresentare in maniera duratura un fatto o un atto giuridico attraverso la percezione di segni o di suoni ed immagini incorporati in essa -, all'atto giuridico ossia l'evento al quale la norma ricollega determinati effetti giuridici, rappresentato nel documento stesso<sup>42</sup>. Accanto all'atto amministrativo in forma elettronica predisposto attraverso un sistema informatico in modo manuale, utilizzando il *computer* solo quale *word processor* e che per avere efficacia giuridica deve essere trasposto su supporto cartaceo e sottoscritto, si pone l'atto ad elaborazione elettronica, ottenuto attraverso un procedimento di elaborazione da parte di sistemi informatizzati, che porta alla creazione di un documento giuridico collegando tra loro i dati che vengono inseriti nel *computer*, secondo le previsioni del *software* adottato e senza apporto umano. In quest'ultimo caso l'elaborazione dell'atto viene affidata interamente allo strumento informatico attraverso il reperimento, collegamento e 'interrelazione' tra norme e dati. La peculiarità è data dalle modalità di assunzione della determinazione volitiva contenuta nell'atto che è affidata ad un *computer*<sup>43</sup>. A ciò conseguono problemi in termini non solo di tutela del *software* quale opera dell'ingegno, ma anche di nuove patologie e relativi strumenti di tutela da apprestare nell'ipotesi di vizi del *software* che danno luogo alla produzione di atti automatici non legittimi<sup>44</sup>. Tuttavia, dal momento che l'algoritmo gestisce in modo automatico e per mezzo di un complesso sistema informatico il procedimento amministrativo, finisce per sostanzialmente essere lo stesso il procedimento amministrativo. Nel caso specifico affrontato di recente dal TAR Lazio nell'ambito della procedura di mobilità dei docenti ai sensi della l. n. 107/2015, la concreta sede spettante al docente è individuata esclusivamente dall'algoritmo, con la conseguenza che il tribunale afferma l'assimilabilità dell'algoritmo e dunque del *software* che lo gestisce all'atto amministrativo disciplinato

---

<sup>40</sup>P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, cit., p. 8 ss.

<sup>41</sup>I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2018, p. 647 ss.

<sup>42</sup>I. FORGIONE, *o.l.c.*

<sup>43</sup>M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'atto amministrativo e del processo*, in *Foro amm.*, 2016, 10, c. 2535; E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi sviluppi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 2, p. 148 ss.; B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, p. 7 ss.;

<sup>44</sup>F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. electr.*, 2003, p. 17 ss.; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di telemministrazione*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 165 ss.



dall'art. 22 lett. d) LPA<sup>45</sup>. L'argomentazione contraria a tale riconoscimento, basata sulla considerazione che il linguaggio di programmazione informatica, incomprensibile se non ad un tecnico specializzato, e per giunta non elaborato dall'organo amministrativo al quale è conferito il potere, violerebbe i principi di *trasparenza e di pubblicità*, non è apparsa dirimente<sup>46</sup>. La possibilità di qualificare il *software* in termini di atto amministrativo informatico risiede nel fatto che è con esso che la P.A. costituisce, modifica ed estingue situazioni giuridicamente rilevanti ed è lo stesso *software* che va impugnato davanti al giudice amministrativo se lesivo della sfera giuridica altrui. Ciò che conta dunque è che vi sia stata una scelta della P.A. di ricorrere ad uno strumento innovativo per la gestione del procedimento. Si tratterebbe di una metodologia che non altera la competenza atteso che la paternità dell'atto ricadrà comunque sull'organo che ne è attributario. Il programma informatico può avere rilevanza esterna sebbene esso non produca in via diretta ed immediata effetti verso l'esterno, in quanto i suoi effetti si espandono verso gli interessati ma in un momento successivo, ovvero al tempo dell'emanazione dell'atto amministrativo informatico<sup>47</sup>. Tale scelta 'metodologica' della P.A. non può riflettersi negativamente sul diritto dell'interessato di accedere all'atto il contenuto del quale è stato elaborato esclusivamente attraverso l'apposito programma informatico, sì che alla qualifica del programma informatico in termini di atto amministrativo consegue la sua piena accessibilità *ex art. 22 cit.* alla stessa stregua dell'atto posto in essere dal funzionario persona fisica. La descrizione della sequenza ordinata dei relativi passaggi logici dell'algoritmo in lingua italiana fornita dall'amministrazione non assicura, infatti, una conoscenza piena dell'atto. Soltanto con la conoscenza diretta del 'codice sorgente' potrà essere soddisfatto il diritto di difesa in giudizio e dunque di conoscenza della motivazione della decisione finale. Tuttavia, l'impugnazione di un siffatto atto là dove la declinazione dell'algoritmo si rilevasse non adeguata, comporterebbe inevitabilmente al privato un *adattamento* di non poco conto, attesa la necessità di una adeguata competenza non solo giuridica ma anche informatica. Se questo appare lo stato dell'arte per quanto attiene l'attività vincolata della P.A., non altrettanto può affermarsi per l'attività discrezionale della P.A. caratterizzata da *ponderazioni dei valori* e degli interessi pubblici non riconducibili a categorie giuridiche algoritmizzabili, sebbene sia già stata affermata l'astratta compatibilità della discrezionalità amministrativa con l'elaborazione elettronica<sup>48</sup>.

**8.** Il rilievo del fattore della calcolabilità giuridica emerge soprattutto nella gestione delle sopravvenienze contrattuali<sup>49</sup>: si tratta della possibilità di gestire il rischio contrattuale

---

<sup>45</sup> TAR Lazio, Sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, in *altalex.com*.

<sup>46</sup>F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico*, cit., p. 3 ss.

<sup>47</sup>I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR*, cit., p. 654 ss.

<sup>48</sup>La compatibilità è sempre in concreto mai in astratto, come dimostra l'evoluzione giuridica: sul punto si rinvia a A. ALPINI, *Compatibilità e analogia nell'unità del procedimento interpretativo*, cit., p. 761 ss.

Tuttavia va precisato che si è prospettata l'introduzione di un autovincolo attraverso la compilazione di un *pre-software* con il quale la P.A. potrebbe predeterminare i parametri della propria azione in modo di scegliere preventivamente quale accezione utilizzare di concetti indeterminati o elastici, seguendo una interpretazione precisa tra quelle desumibili dalla norma oppure predeterminando i fatti rilevanti. Sul punto F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico*, cit., p. 3 ss. Cfr. F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, p. 174 ss.

<sup>49</sup>E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2016, p. 801 ss.; G. VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Persona e Mercato*, 2015, 3, p. 61 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 943 ss.; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 498 ss.; R. TOMMASINI, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più artico-*



attraverso i c.d. *smartcontracts*<sup>50</sup>. Il mutamento delle circostanze possono incidere sul programma negoziale e dunque sulla esecuzione della prestazione generando l'esigenza di un adeguamento del regolamento contrattuale. Tralasciando i rimedi c.d. ablativi nell'ottica di valorizzare l'autonomia negoziale e dunque in una logica conservativa del programma negoziale se pur necessariamente modificativa, parte della dottrina riconosce, sulla base di alcuni rimedi specifici previsti dalla disciplina generale del contratto e dalla disciplina di alcuni singoli contratti, il fondamento di un obbligo legale generale di rinegoziare il contratto in presenza di sopravvenienze<sup>51</sup>. Il riferimento è alla rettifica dell'errore di calcolo, alla riduzione ad equità del contratto rescindibile, alla riduzione della controprestazione in caso di impossibilità parziale, alla disciplina delle variazioni nella esecuzione del progetto in tema di appalto, alla modificazione dell'incarico del mandatario in presenza di sopravvenienze<sup>52</sup>. Del resto, l'obbligo di rinegoziazione potrebbe essere considerato sottinteso nei contratti di durata sulla base dell'equità<sup>53</sup> o riconoscendo al principio di proporzionalità una funzione fondamentale nell'interpretazione e integrazione del contratto superando la barriera formale del tipo<sup>54</sup>. Tuttavia la complessità della gestione convenzionale delle sopravvenienze risiederebbe nell'incapacità insita nella natura umana di prevedere gli eventi futuri e dunque nell'incapacità di formulare un regolamento contrattuale che tenga conto non soltanto del presente, ma anche del futuro. Di fronte alla possibilità di avvalersi dello strumento del contratto normativo o delle clausole di indicizzazione - limitatamente quest'ultime ad adattamenti di carattere soltanto quantitativo -, il problema si potrebbe presentare soprattutto nei rapporti che non sono gestiti da professionisti o dall'arbitraggio<sup>55</sup>. Rimane il fatto che se le parti si determinino ad inserire nel regolamento contrattuale clausole con le quali si obbligano alla rinegoziazione, per garantire l'efficacia delle stesse occorrerebbe ricorrere all'esecuzione in forma specifica *ex. art. 2932 c.c.* che però si sostanzierebbe nel riconoscimento al giudice del potere di obbligare le parti a rinegoziare e dunque di ingerirsi nella definizione delle modificazioni<sup>56</sup>. Tuttavia, va tenuto in considerazione che sia nel caso di adeguamento demandato al terzo, sia in quello di inserimento di clausole di negoziazione o ancora di adeguamento automatico, il meccanismo sarebbe comunque dettato da una condizione sospensiva o risolutiva<sup>57</sup>. In effetti alla base degli *smartcontracts* vi è un algoritmo che traduce in termini informatici la volontà delle parti includendo una serie infinita di possibili-

---

*late forme di gestione*, in ID. (a cura di), *Sopraavvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, p. 2 ss.; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 363 ss.; G. ALPA, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 728 ss.

<sup>50</sup>D. DI SABATO, *Gli smartcontracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2017, p. 378 ss.

<sup>51</sup>F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 497 ss.

<sup>52</sup>D. DI SABATO, *Gli smartcontracts*, cit., p. 380.

<sup>53</sup>R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 2004, p. 723 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2004, p. 647 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 710 ss.; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2022, p. 611 ss.;

<sup>54</sup>P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 561 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.

<sup>55</sup>E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione*, cit., p. 804 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, p. 165 ss.

<sup>56</sup>F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 81 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1047 ss.; L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contr.* 2016, p. 185 ss.

<sup>57</sup>E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione*, cit., p. 801 ss.





tà concepite nel linguaggio informatico come *if-then*, sí che al determinarsi di una condizione si produce inevitabilmente l'effetto programmato in modo che può essere previsto un numero infinito di clausole che stabiliscono in un dato momento, e considerate le circostanze concrete, il contenuto delle prestazioni delle parti. Uno dei rischi maggiori che si prospetta, atteso che gli *smartcontracts* si associano ad un sistema di *blockchain*<sup>58</sup>, è di immettere dati errati quali presupposti di esecuzione automatica che non potranno piú essere modificati.

9. Il database *Blockchain*, garantendo l'impossibilità di modificare e alterare i dati inseriti e le operazioni registrate, determinerebbe un alto grado di affidabilità al punto di ipotizzare un suo utilizzo in sostituzione dell'intervento del notaio<sup>59</sup>. La regola tecnica verrebbe a sostituire la regola giuridica. La sottoscrizione digitale senza notaio, impiegando al posto degli atti pubblici strumenti di identificazione di ultima generazione utilizzati nelle piattaforme digitali telematiche come *blockchain*, troverebbe nell'identificazione biometrica, sotto il profilo dell'autenticità, un valido surrogato. La *blockchain* sarebbe la naturale sostituzione a tutte le istituzioni terze di controllo e di certificazione<sup>60</sup>. Tuttavia, altro è la sicurezza della conservazione, altro è la garanzia della qualità del dato conservato. *Blockchain* garantirebbe la sicurezza materiale dell'avvenuto deposito di documenti e della loro conservazione, ignorando completamente il loro contenuto intrinseco: garantirebbe un risultato matematico non le valutazioni giuridiche<sup>61</sup>. Da questa prospettiva priva di sostanzialità giuridica emerge la necessità di recuperare il senso della funzione notarile che risiede innanzitutto nella fiducia quale valore irrinunciabile in qualunque tipo di scambio. L'assenza di un soggetto responsabile, che oltre a verificare l'identità delle parti del contratto ne controlli anche la capacità e l'effettiva volontà, rappresenta un limite del sistema informatico. Del resto, le reti telematiche, i rapporti non *face-to-face*, l'anonimato non diminuiscono, ma accrescono la necessità del controllo di legalità. La Cassazione si è recentemente pronunciata con riferimento al trattamento dei dati personali biometrici nei quali vanno ricompresi tutte le operazioni che consentono l'identificazione anche indiretta del soggetto<sup>62</sup>. La trasformazione del dato biometrico relativo alla mano di un individuo in un modello di riferimento, consistente in un codice, consente l'identificazione personale attraverso operazioni di confronto tra il codice numerico ricavato ad ogni accesso e quello originariamente raccolto. Il fatto che il modello archiviato, realizzato attraverso la compressione dell'immagine della mano, consista in un numero che non è di per sé correlato al dato fisico, e che non sia possibile partendo da tale numero ricostruire l'immagine della mano in quanto l'algoritmo è unidirezionale ed irreversibile, non esclude che si versi in ipotesi di trattamento di dati *ex art. 37* del d.lgs. n. 196 del 2003. Attraverso la conservazione dell'algoritmo è infatti possibile risalire all'individuo al quale il dato appartiene e che lo identifica.

---

<sup>58</sup>M. BELLINI, *Che cosa sono e come funzionano le Block-chain*, in *Distributed Ledgers Technology*, DLT, 26 agosto 2017.

<sup>59</sup>C. LICINI, *Il notaio dell'era digitale: riflessioni gius-economiche*, in *Notariato*, 2, 2018, p. 142 ss.; M. FERRARIS, *La Blockchain e Sant'Agostino*, in *Notariato*, 1, 2018, p. 9 s.

<sup>60</sup>M. MANENTE, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, in *Notariato*, 3, 2016, p. 211 ss.

<sup>61</sup>C. LICINI, *Il notaio dell'era digitale*, cit., p. 146 ss.

<sup>62</sup>Cass., Sez. II, ord., 15 ottobre 2018, n. 25686, in *privacy.it*.



10. Il fatto che i *robot* stiano sviluppando caratteristiche autonome e cognitive in grado di prendere decisioni indipendentemente da una influenza esterna, pone il problema della adeguatezza della disciplina della responsabilità civile<sup>63</sup> nell'ipotesi che l'uomo non sia in grado di prevedere ed evitare l'operatività della macchina. Si pensi alle c.d. *driverless car* ossia veicoli dotati di pilota automatico e dunque in grado di circolare indipendentemente dall'uomo-conducente<sup>64</sup>. Se con tali dispositivi diminuiscono i rischi di sinistri stradali, nascono nuovi rischi connessi ai problemi di affidabilità del *software* e di imputazione della responsabilità. La Direttiva 85/354/CEE riguarda, infatti, solamente i danni causati dai difetti di fabbricazione di un *robot* e a condizione che la persona danneggiata sia in grado di dimostrare il danno effettivo, il difetto nel prodotto e il nesso di causalità tra difetto e danno. Si che la responsabilità oggettiva e la responsabilità senza colpa potrebbero non essere adeguate<sup>65</sup>. La Cassazione sembra aver accolto un'accezione rigorosa in materia di onere della prova con la conseguenza di gravare il consumatore dell'onere di dimostrare che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle aspettative, tali da evidenziare un difetto del prodotto stesso. Tuttavia per il consumatore è impossibile dimostrare la presenza di un errore all'interno dell'algoritmo di controllo di una *driverless car*, così come per il giudice sarebbe impossibile valutare l'attendibilità delle valutazioni dei periti al riguardo. Da questa prospettiva è apparso più opportuno fare riferimento ad uno *standard* valutativo incentrato sulla *negligence* del produttore<sup>66</sup>. Tuttavia, l'imposizione di una piena responsabilità oggettiva ostacolerebbe la diffusione e lo sviluppo delle *driverless* e d'altra parte, l'istituzione di un Fondo di garanzia che sollevi il produttore dall'onere risarcitorio deresponsabilizzerebbe la condotta. Si è allora avanzata la proposta di una responsabilità oggettiva limitata<sup>67</sup>, attraverso la formulazione di un protocollo operativo *ex ante* che permette di ancorare l'imputazione di responsabilità oggettiva al mancato rispetto delle regole operative previste per l'attività condotta e destinare il fondo pubblico soltanto per le ipotesi in cui si sia dimostrato di essersi attenuti al Protocollo, al fine di evitare che il costo del danno resti in capo alla vittima.

---

<sup>63</sup> Il banco di prova della complessità che scaturisce dall'impatto delle tecnologie sul diritto, è rappresentato dalla disciplina della responsabilità civile in rete: T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 224 ss.; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001; G. ALPA, *New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in *Contratto e impresa*, 3, 2000, p. 1175 ss.; P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto ed altre categorie civilistiche*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2001, p. 652 ss.; S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole della responsabilità civile*, Napoli, 2003, ID., *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 829 ss.; M.L. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006. Da ultimo, con riferimento alla responsabilità dell'*internet hosting provider* e alla inadeguatezza del d.lg. 70/03, vedi F. DI CIOMMO, *Responsabilità dell'Internet hosting provider, diffamazione a mezzo Facebook e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto*, in *Foro it.*, 2017, c. 257 ss. e B. MARUCCI, *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, in *comparazioneditto.it*. Di centrale importanza appare la questione della natura giuridica degli accordi tra gli utenti e i *social networks*, atteso che il ruolo dei gestori delle piattaforme sociali non potrebbe essere ricondotto a quello dei *providers*: C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 38 ss.

<sup>64</sup>A. DAVOLA e R. PARDOLESI, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ("driverless")?*, in *Danno e resp.*, 5, 2017, p. 616 ss.

<sup>65</sup>A. FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 6, p. 896 ss.

<sup>66</sup>A. DAVOLA e R. PARDOLESI, *In viaggio col robot*, cit., p. 626.

<sup>67</sup>G. PONZANELLI e R. PARDOLESI (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *Nuove leggi civ.*, 1989, p. 628 ss.



11. Dal contesto appena tratteggiato si rileva non soltanto che l'attività dell'interprete non può essere sostituita o condizionata da alcun automatismo ma che essa acquista altresì una nuova centralità. Si apre la questione della legittimazione sul piano tecnico-giuridico. Il giurista è chiamato a garantire non la certezza del diritto a discapito della giustizia e della funzione promozionale del diritto, bensì a valorizzare, con la sua sensibilità e il suo bagaglio culturale, meccanismi e tecniche presenti nel sistema e a intuirne i nuovi orizzonti applicativi con un approccio metodologico inevitabilmente induttivo e deduttivo<sup>68</sup>. L'assiologia di sistema impone di valutare la concreta e piena compatibilità dell'esplicarsi dell'autonomia negoziale ai principi identificativi del suo stesso ordine. Si avverte l'esigenza di garantire in modo dinamico e trasparente la contrattazione, con una regolamentazione giuridica adeguata a partire dagli interessi concretamente manifestati, nella consapevolezza che questi potrebbero modificarsi e anche estinguersi per essere la parte venuta a conoscenza di fatti nuovi. Si pensi all'evoluzione in tema di procedimentalizzazione<sup>69</sup> della quale un esempio paradigmatico è il c.d. preliminare del preliminare<sup>70</sup>. Il giurista è sollecitato a non arrestarsi alla nozione di contratto preliminare quale fonte di obbligazioni che hanno ad oggetto un *facere* giuridico già completamente definito<sup>71</sup>. Il preliminare è colto non soltanto nella sua natura di fonte dell'obbligo di contrarre in senso formale, ma anche come espressione degli interessi delle parti a frazionare la fattispecie in segmenti diversi di una sequenza unitaria, all'interno della quale questi 'segmenti' possono assumere una propria specificità e un'autonoma funzione. In particolare, le c.d. punteggiature antecedenti il contratto preliminare possono dare luogo a rapporti obbligatori volti a disciplinare le modalità di

---

<sup>68</sup>P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, cit., p. 13 ss.

<sup>69</sup>A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 141 ss.; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2000, spec. p. 92 ss.; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000, *passim*; G. COMANDÉ e S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, spec. p. 55 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civili*, Milano, 2002, p. 73 ss., spec. p. 79 e ss.; L. FURGIUELE, *Contratti a conclusione telematica*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. I. Gli scambi*, Torino, 2003, p. 172 ss.; V. RICCIUTO (a cura di), *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore*, in V. RICCIUTO (a cura di), *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici. L'esperienza italiana e spagnola a confronto*, Milano, 2004, *passim*; M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, 6, pp. 805-83; F. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005, *passim*; G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2010, p. 274 e ss.; A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Informatica e diritto*, 2010, 1-2, p. 7 ss.; EAD., *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, *passim*; F. BOTTONI, *Incompletezza del contratto e riserva di determinazione convenzionale*, Napoli, 2013, *passim*.

<sup>70</sup> Da ultimo Cass., Sez. II, 21 maggio 2018, n. 12527, in *Il caso.it*.

<sup>71</sup>G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 2016 ss.; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 63 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, spec. p. 28 ss.; L. BARCHIESI, *Gentlemen's agreement*, in *Manuale del nuovo contratto*, diretto da P.G. Monateri, E. del Prato, M.R. Marella, A. Somma e C. Costantini, Bologna, 2007, p. 490 ss.; E.M. PIERAZZI, *L'accordo parziale*, Padova, 2012, spec. p. 47 ss.; F. ADDIS, *Vincoli preparatori e contratto avente per oggetto l'obbligazione di non interrompere le trattative*, in P. PERLINGIERI e S. POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino, I. Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 715 ss.; C.A. NIGRO, *«Minuta» e «punteggiatura» nel contesto della formazione progressiva del contratto*, in *Contr.*, 2010, p. 841 ss.; E DEL PRATO, *I requisiti del contratto, art. 1325*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, p. 56 ss.; A. NATUCCI, *La formazione progressiva del contratto*, in *Tratt. Roppo*, I, Milano, 2006, p. 450 ss.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, p. 233 ss.; A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, Torino, 2005, p. 151 ss.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, p. 73 ss.; D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 521 ss.; F. BOTTONI, *Incompletezza del contratto e riserva di determinazione convenzionale*, cit., p. 51 ss. e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.



prosecuzione delle trattative e a valutare la fiducia tra le parti. Il fatto che tali punteggi non coprano l'intera fattispecie e che il consenso sia espresso soltanto su una parte dei requisiti del contratto, non può condurre ad escludere *a priori* che si tratti di manifestazione di un consenso e di un accordo su quanto già oggetto di trattativa. Del resto l'ambiguità della formula 'preliminare di preliminare' si spiega proprio nell'attribuzione al contratto preliminare dell'esclusiva funzione di obbligare le parti a concludere il definitivo. Se, invece, guardiamo al preliminare come ad uno strumento flessibile che si pone a monte di un procedimento e che può rispondere a interessi meritevoli di tutela, dalle trattative fino alla conclusione del contratto in forma e contenuto definitivo, l'ambiguità si scioglie e la formula riesce a rappresentare proprio la duttilità dello strumento, evocando altresì le problematiche relative al collegamento negoziale<sup>72</sup>.

Ciò implica di uscire dalla prospettiva tipica della formazione progressiva della fattispecie nella quale la fattispecie stessa risulta rigidamente predeterminata, senza lasciare spazio a diverse e nuove esigenze che in concreto si possono presentare. Nella prospettiva della procedimentalizzazione nella creazione dell'obbligo, si può discorrere non di preliminare ma di preliminari caratterizzati da forme diverse e intensità diverse.

12. Oltre al 'preliminare di preliminare' può darsi in concreto una più articolata procedimentalizzazione delle fasi contrattuali che consente di individuare nel corso delle trattative una convenzione che non sia un preliminare dotato di tutti gli elementi essenziali, in quanto non preordinato alla conclusione del preliminare definitivo, ma una *puntuazione vincolante* sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti. Questi «procedimenti di formazione contrattuale graduale lasciano trasparire l'interesse perseguito dalle parti a una negoziazione consapevole e informata»<sup>73</sup>. In tali fattispecie «da formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento e la violazione dell'intesa raggiunta, rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, dà comunque luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento»<sup>74</sup>. È chiaro che a seconda del caso si potrà applicare l'obbligo di esecuzione in forma specifica oppure no; differenziato sarà altresì il criterio di valutazione del risarcimento del danno che dovrà essere governato da una proporzionale gradualità.

Taluno considera oggetto dell'obbligazione nascente dalle c.d. punteggi vincolanti l'obbligo di (continuare a) contrattare in buona fede<sup>75</sup>. Tale impostazione evidenzerebbe

---

<sup>72</sup>C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013, p. 42 ss.

<sup>73</sup>Cass. n. 12527/2018, cit.

<sup>74</sup>Cass. n. 12527/2018, cit.; cfr. Cass., Sez. Un., 6 marzo 2017, n. 4628, in *Giur. it.*, 2015, p. 1069 ss., con note di A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*; e G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 609 ss., con note di V. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*; e F. FESTA, *Il contratto preliminare di preliminare*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 609 ss., con nota di G. BUSET, *Le sezioni unite sul preliminare di preliminare di vendita immobiliare*; in *Contratti*, 2015, 550 ss., con nota di V. BRIZZOLARI, *Il preliminare di preliminare: l'intervento delle sezioni unite*; in *Notariato*, 2015, p. 426 ss., con nota di R. BENIGNI, *Le Sezioni unite sulla validità del preliminare di preliminare*; in *Riv. not.*, 2015, p. 597 ss., con nota di C. CICERO, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto "a tutele crescenti"*; e in *Vita not.*, 2015, p. 813 ss. Cfr. altresì A. PLAIA, *Da "includente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, in *Dir. civ. cont.*, 14 maggio 2015; e A.M. BENEDETTI, *Autonomia dei procedimenti formativi? La vicenda del "preliminare di preliminare"*, *ibidem*, 11 maggio 2015. Cfr. altresì G. CARAPEZZA FIGLIA e O. CLARIZIA, *Puntuazione vincolante o preliminare di preliminare? (A proposito di una pronuncia delle Sezioni unite)*, in *Contr. e Impr.*, 2015, 4-5, p. 874 ss.

<sup>75</sup>G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, pp. 53-57.



però una contraddizione<sup>76</sup>: da una parte si ritiene inidonea la responsabilità precontrattuale che proprio dalla violazione della buona fede scaturisce, dall'altra si considera oggetto dell'obbligazione una prestazione che consiste ugualmente nel contrattare secondo buona fede. Tuttavia, se si considera che la buona fede attraversa tutte le fasi del contratto dalle trattative all'esecuzione, dovrebbe ammettersi che essa si colora di contenuti che in concreto possono assumere diverse intensità, sí che la contraddizione sfuma lasciando il posto ad un vago scetticismo sulla configurabilità di un vincolo procedimentale che dia luogo ad un vero e proprio contratto l'inadempimento del quale ricadrebbe all'interno della disciplina *ex art. 1218 c.c.*<sup>77</sup>.

Il punto è che l'interesse al differimento della manifestazione del consenso alla produzione degli effetti giuridici definitivi<sup>78</sup>, subordinando la manifestazione ad un controllo successivo sulle circostanze sopravvenute che possono rendere non piú attuale la volontà manifestata, può condurre sia ad una modificazione del regolamento già pattuito, sia alla sua estinzione. Da questa prospettiva gli accordi preliminari svolgono anche una importante funzione di controllo in grado di prevenire e comporre i conflitti<sup>79</sup>. Sembra che la tesi autorevolmente sostenuta, secondo la quale possa ammettersi soltanto un preliminare di definitivo ad effetti reali<sup>80</sup>, debba essere rivista alla luce dell'evoluzione maturata. Del resto, il rinnovato interesse nei confronti della donazione obbligatoria di una quota del bene comune ha già offerto lo spunto per riaprire il dibattito sulla ammissibilità di un contratto preliminare di donazione<sup>81</sup>. Indubbiamente la procedimentalizzazione, quale chiave di lettura del fenomeno giuridico, è espressione del 'nostro tempo'.

---

<sup>76</sup>G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, cit., p. 1073 ss.

<sup>77</sup>D. LAURINO, *L'altra faccia del "preliminare del preliminare"*, in *Immobili & proprietà*, 8-9/2018, p. 488.

<sup>78</sup>G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 137 ss.

<sup>79</sup>U. STEFINI, *Il "preliminare di preliminare" e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 5, p. 1230 ss.

<sup>80</sup>F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 2010, spec. pp. 14 e 87.

<sup>81</sup>F. PIRONE, *L'intervento delle Sezioni unite sulla donazione di quota di un bene facente parte di una massa comune*, in *Notariato*, 3, 2016, p. 256 ss.