

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- Sulla nuova responsabilità medica
- Ancora su SSUU e clausole *claims made*
- Scambio di dati personali
- Successione nei rapporti digitali
- *Software* di non largo consumo e principio di esaurimento
- Obbligazione e contratti
 - Criptomonete e *blockchain*
 - Contratto, detipizzazione e delegificazione
 - Pratiche commerciali scorrette e trasporto di persone
 - Contratti monofirma in ambito bancario e finanziario
- Impresa e società
 - Società semplice di godimento
 - Put* a prezzo preconcordato e diritto di *exit*


 edicolaprofessionale.com/CI

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- Sulla nuova responsabilità medica
- Ancora su SSUU e clausole *claims made*
- Scambio di dati personali
- Successione nei rapporti digitali
- *Software* di non largo consumo e principio di esaurimento
- Obbligazione e contratti
 - Criptomonete e *blockchain*
 - Contratto, detipizzazione e delegificazione
 - Pratiche commerciali scorrette e trasporto di persone
 - Contratti monofirma in ambito bancario e finanziario
- Impresa e società
 - Società semplice di godimento
 - Put* a prezzo preconcordato e diritto di *exit*

 edicolaprofessionale.com/CI

CONTRATTO E IMPRESA 1/2019

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

Rivista fondata da Francesco Galgano
trentacinquesimo anno

INDICE SOMMARIO

DIBATTITI

- ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA SULLA NUOVA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA di *Guido Alpa* 1
- SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Responsabilità della struttura. – 3. Responsabilità dell'*équipe*. – 4. Responsabilità del medico. Le buone pratiche e le linee-guida. – 5. Il consenso informato.
- L'ULTIMA PAROLA DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE IN MATERIA DI CLAUSOLE CLAIMS MADE di *Ilaria Riva* 9
- SOMMARIO: 1. Dalle sezioni unite del 2016 alle sezioni unite del 2018. – 2. Il giudizio in astratto: la clausola *claims made* è valida e non è vessatoria. – 3. Il giudizio in concreto: informazione, adeguatezza, equilibrio contrattuale.
- DETIPIZZAZIONE LEGALE E (RI)COSTRUZIONE CONTRATTUALE di *Pietro Zanelli* 19
- SOMMARIO: 1. La caduta del “tipo” e l’avvento del “modello”: il nuovo *modus operandi* del legislatore. L’autonomia. – 2. Il ruolo dell’interprete davanti ad una crescente delegificazione. – 3. Un nuovo *jus conditum* ed un diverso *jus condendum*. – 4. Il controllo. Il notaio ed il suo disciplinare nel quadro delle nuove fonti. – 5. Il notaio artefice della modularità del diritto attraverso il contratto. Una definizione: il “contratto di sistema”.
- LO “SCAMBIO DI DATI PERSONALI” NEI CONTRATTI DI FORNITURA DI SERVIZI DIGITALI E IL CONSENSO DELL’INTERESSATO TRA AUTORIZZAZIONE E CONTRATTO di *Fabio Bravo* 34
- SOMMARIO: 1. La questione dello “scambio di dati personali” tra consenso dell’interessato al trattamento e contratto di fornitura di servizi digitali senza corrispettivo in denaro. – 2. Consenso dell’interessato e contratto (nei cui confronti il trattamento di dati personali si renda necessario) quali distinte ed autonome condizioni di liceità, in funzione selettiva degli interessi rilevanti.

– 3. Definizione normativa di “consenso dell’interessato” e suo inquadramento giuridico, tra atto unilaterale di autorizzazione “integrativa” e contratto. – 4. (*Segue*). Gli orientamenti della Cassazione nel caso *Segafredo Zanetti* e nel caso *AdSpray*. – 5. L’argomento della “libertà” (non “coercitività”) del consenso al trattamento dei dati personali e le interrelazioni con la controprestazione contrattuale. I criteri della fungibilità del servizio e della revocabilità del consenso senza gravoso sacrificio per l’interessato.

L’ESAURIMENTO DEL DIRITTO D’AUTORE SUL SOFTWARE NON DESTINATO AL LARGO CONSUMO di *Mark Bossbard* 59

SOMMARIO: 1. Il caso “Ranks” e i suoi rapporti con il precedente caso “UsedSoft”. – 2. I principi enunciati nella sentenza sul caso UsedSoft di fronte al problema dei *software* non destinati a larga diffusione. – 3. L’esaurimento del diritto in caso di licenza su *software* in opera unica realizzato su commissione o “customizzato”: la questione del corrispettivo. – 4. Il problema del diritto del subacquirente a porre in essere tutte le condotte che gli consentono un uso del programma di seconda mano che sia conforme alla sua destinazione. – 5. Spunti per una soluzione della questione dell’esaurimento dei diritti di autore in relazione ai *software* realizzati on demand o customizzati. – 6. Sintesi conclusiva.

SAGGI

GIORGIO RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali* 85

SOMMARIO: 1. L’economia dell’immateriale e la successione nei beni e rapporti digitali. – 2. I problemi coinvolti e le soluzioni emergenti. – 3. Il modello successorio: l’esperienza tedesca. – 4. Il modello personalistico. – 4.1. La riforma francese. – 4.2. La riforma italiana. – 5. Il modello dell’autonomia privata.

ETTORE BATELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica* 106

SOMMARIO: 1. Certezza del diritto, razionalità giuridica e affidamento del privato. – 2. Diritto contrattuale ed economia cognitiva. – 3. Il diritto contrattuale dei codici tra pensiero neoclassico e *law & economics*. – 4. L’autonomia contrattuale tra crisi della razionalità economica degli individui e dubbi sul modello di regolazione pubblica. – 5. Alla ricerca di una nuova razionalità quale fondamento della stessa nozione di contratto. – 6. Il paternalismo giuridico nel diritto dei contratti. – 7. La «razionalità imperfetta» e la tutela della libertà dell’individuo. – 8. Declino del modello dell’*homo economicus* e recenti sviluppi del diritto privato europeo. – 9. «Razionalità imperfetta» e finanza comportamentale: errori e rischi. – 10. Riflessioni conclusive.

ALESSIO REALI, <i>La dispensa dalla collazione: diritto potestativo del donatario indisponibile e atto del donante irrevocabile?</i>	130
--	-----

SOMMARIO: *Parte prima:* sull'irrinunciabilità alla dispensa dalla collazione, da parte del donatario, dopo la morte del donante. – 1. Introduzione: il *dictum* giurisprudenziale sull'irrinunciabilità alla dispensa e due casi pratici speculari ad esso sottoposti. – 2. Ricostruzione storica delle varie opinioni enunciate da dottrina e giurisprudenza sulla dispensa dalla collazione e analisi critica del principio di diritto, apparentemente consolidato, statuito da Cass., 29 luglio 1961, n. 1845. – 2.1. Premessa: la funzione della collazione. – 2.2. Il postulato logico-giuridico posto a fondamento di Cass. n. 1845/1961 e la cronistoria dell'interpretazione della disciplina della dispensa dalla collazione dal XIX secolo ad oggi. – 2.3. Osservazioni critiche sull'esistenza di un rapporto di accessorietà tra dispensa dalla collazione e atto di donazione. – 2.4. La dispensa quale diritto potestativo del donatario e conclusioni sulla sua presunta irrinunciabilità, dopo la morte del donante. – *Parte seconda:* sull'irrevocabilità della dispensa, compiuta per atto *inter vivos*, da parte del donante. – 3. Sulla rinuncia alla dispensa, da parte del donatario, anche in vita del donante e sulla *quaestio* dell'irrevocabilità della dispensa inserita in donazione *ex parte donantis*: osservazioni sulla struttura della dichiarazione di dispensa, analogie di disciplina tra la liberalità *mortis causa* nascente da una dispensa da collazione e la liberalità stipulante-terzo *ex art.* 1412 c.c. e conclusioni. – 3.1. Sull'astensione dall'esercizio dell'azione di rinuncia alla dispensa, da parte del donatario, in vita del donante e sull'*impasse* dell'irrevocabilità della dichiarazione di dispensa del donante posta in essere per atto *inter vivos*: il problema dell'art. 1333 c.c. e dei rapporti con il divieto dei patti successori e la tutela dell'autonomia privata del dichiarante. – 3.2. La disciplina del contratto a favore di terzi con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante quale fattore integrativo del diritto del donante alla libera disponibilità della dichiarazione di dispensa.

MARIELLA LAMICELA, <i>L'interpretazione in chiave personalistica dell'art. 844 c.c.: ricadute sistematiche e nodi irrisolti</i>	169
---	-----

SOMMARIO: 1. Disciplina delle immissioni e tutela della persona umana. Note introduttive. – 2. Usi incompatibili di beni immobili contigui e limitazioni del diritto di proprietà nella lettura originaria dell'art. 844 c.c. – 3. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c. e la ribalta della tutela della persona da immissioni intollerabili. – 4. Il rinnovato rilievo soggettivo riconosciuto al diritto di proprietà e il diritto all'integrità della vita privata e del domicilio nel diritto europeo. – 5. (*Segue*). La determinazione della soglia della normale tollerabilità, il superamento della lettura dicotomica dell'art. 844 c.c. e il trattamento giuridico da riservare alle alterazioni delle condizioni esistenziali della persona esposta ad immissioni intollerabili. – 6. La singolarità delle ipotesi di responsabilità per immissioni intollerabili lesive delle abitudini e delle condizioni di vita. – 7. Le funzioni della responsabilità civile e lo statuto strumentale dell'obbligazione risarcitoria. – 8. Risarcimento del danno esistenziale da immissioni intollerabili e finalità riparatoria della responsabilità civile. Interrogativi aperti e prospettive *de iure condendo*.

EMILIO TOSI, <i>Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni Unite della Cassazione</i>	197
--	-----

SOMMARIO: 1. La forma informativa nei contratti asimmetrici in generale. – 2. La forma dei contratti asimmetrici bancari e dei contratti di investimento nel TUB e nel TUF. – 3. La forma informativa nei contratti di investimento, e bancari, alla luce del principio di diritto elaborato dalla Corte di Cassazione Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898 e 23 gennaio 2018, n. 1653. – 4. Contratti asimmetrici monofirma e sottoscrizione unilaterale del contraente debole: ammissibilità e limiti all'utilizzo di criteri di imputazione alternativi alla sottoscrizione. – 5. La predisposizione unilaterale individuale del contratto bancario e finanziario quale criterio di imputazione alternativo rispetto alla sottoscrizione. – 6. Riflessioni conclusive.

FEDERICO RIGANTI, <i>La società semplice di godimento. Spunti di riflessione</i>	236
--	-----

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'antecedente storico: la società civile. – 3. Le soluzioni adottate dal codice civile del 1942 in materia societaria: il passaggio dal concetto di guadagno al concetto di utile. – 4. Il dato teorico: il rapporto dialettico tra gli artt. 2247 e 2248 c.c. Premessa. – 5. (*Segue*). La contiguità tra fattispecie ed il tipo società semplice. – 6. La società semplice di mero godimento immobiliare: inammissibilità, pregiudizi ed ammissibilità. – 7. Cenni sulla società semplice *holding*. – 8. Riflessioni conclusive.

GIOVANNI RINALDI, <i>Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete</i>	257
---	-----

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Bitcoin*. – 2.1 *Blockchain*. – 2.2. Consenso distribuito, teoria dei giochi e politica monetaria all'interno di *bitcoin*. – 2.3 *Privacy*, tracciabilità e pseudonimia. *Blockchain* e GDPR – 3. Moneta e criptomonete. – 3.1. Moneta elettronica, valute virtuali e criptomonete. – 4. Modelli di normazione del fenomeno criptomonetario: il Giappone e lo Stato di New York. I progetti legislativi della Federazione Russa e di Malta. – 5. La prospettiva europea. – 6. Il panorama italiano. – 7. Per una dialettica tra codice macchina e legislatore.

ALBERTO GIAMPIERI, <i>Partecipazione azionaria temporanea, put a prezzo preconcordato e diritto di exit</i>	297
---	-----

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione della Cassazione. – 3. La ricostruzione interpretativa e l'analisi delle fattispecie di partecipazione temporanea. – 4. L'opzione di vendita a prezzo preconcordato come schema di *exit*. – 5. Le ipotesi di *exit* previste dallo statuto. – 6. Conclusioni.

ALESSANDRO PEPE, <i>Pratiche commerciali scorrette e tutela dei diritti dei passeggeri</i>	321
--	-----

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'intervento del legislatore eurounitario nel settore dei trasporti: la tutela dei diritti dei passeggeri. – 3. Gli interventi dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette connesse alla disciplina dettata a tutela dei diritti dei passeggeri. – 4. Le possibili interazioni tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e i regolamenti a tutela dei diritti dei passeggeri, anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. (*Segue*). La disciplina a tutela dei passeggeri quale parametro di valutazione in termini di scorrettezza delle condotte tenute dal vettore-professionista. – 6. (*Segue*). Il rapporto di reciproca integrazione tra la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e quella dettata a tutela dei diritti dei passeggeri. – 7. (*Segue*). La normativa di settore quale parametro di determinazione della «diligenza professionale» anche in relazione a categorie di soggetti non ricomprese nel suo ambito di applicazione. – 8. Il criterio di riparto della competenza sanzionatoria tra AGCM e Organismi di controllo. – 9. Il protocollo d'intesa tra AGCM e Autorità di regolazione per i trasporti. Alcune considerazioni conclusive.

DIRITTO E DINTORNI

RICCARDO BENCINI, <i>Attorno ad un contratto del 1737 fra un imprenditore ed un pittore (con allegata convenzione tra Sen. Ginori e pittore)</i>	356
--	-----

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Manifattura delle Porcellane di Doccia fondata da Carlo Ginori. – 3. Alla ricerca di manodopera qualificata: l'ingaggio del pittore Anreiter de Ziernfeld – 4. La Convenzione. – 5. Conclusioni.

DIBATTITI

Orientamenti della giurisprudenza sulla nuova disciplina della responsabilità medica1. – *Premessa*

La nuova disciplina della responsabilità medica introdotta con la l. n. 24 del 2017, comincia ad assumere forme compiute, grazie ai commenti dottrinali monografici [ad es. v. *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di Gelli, Hazan e Zorzit, Milano, 2017; *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, a cura di Alpa, Pisa, 2017; *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, a cura di De Matteis e Aleo, Padova, 2017] e ai numerosi saggi pubblicati sulle riviste, tra le quali è utile richiamare *Responsabilità civile e previdenza*, a cura di Iudica, nonché la più recente *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, a cura di Zatti]. Anche il formante giurisprudenziale è divenuto un complemento necessario per comprendere la terminologia, i concetti, i principi e le regole di questo settore: e certo questa non è una novità, avendo la giurisprudenza assunto dignità di fonte del diritto, particolarmente rilevante in questa fase della nostra cultura giuridica.

Occorre poi avere riguardo alla applicazione amministrativa della legge, con l'approvazione dei diversi regolamenti attuativi, e alla raccolta e vidimazione delle linee-guida, temi sui quali non insistiamo, essendo più appropriatamente commentati sulle riviste specializzate.

Anche in ambito comunitario si registrano novità in questo settore: non solo quelle connesse al GDPR, ai danni sanitari, alla formazione e diffusione della cartella clinica, o agli orientamenti degli organi dell'Unione europea in materia di responsabilità civile in generale – v. in particolare la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 (INL)), in cui sono enunciati alcuni importanti principi in materia di responsabilità civile nella prospettiva dell'analisi economica del diritto – ma più specificamente in materia di prodotti sanitari, e

di responsabilità del fabbricante di prodotti comuni, che possono comunque interessare l'ambito sanitario, di cui brevemente si dirà.

Il colloquio tra dottrina e giurisprudenza, così acutamente incentivato da Francesco Galgano, continua ad essere particolarmente produttivo. Ciò che tuttavia tende a sacrificare la conoscenza della problematica, e l'analisi degli effetti delle leggi è dato dalla difficoltà di acquisizione dei dati giurisprudenziali di merito, atteso che è sempre più difficile prendere cognizione delle sentenze di tribunali e corti di appello, non essendo ancora stata allestita una banca dati a livello nazionale, e le sentenze più facilmente reperibili della Corte di Cassazione sono ovviamente per lo più riferite a vicende anteriori alla introduzione della legge. In sede locale sono tuttavia creative le riviste di giurisprudenza che riflettono gli orientamenti dei giudici di merito sì che sui siti on line si possono intercettare pronunce interessanti: *Altalex*, *Quotidiano Sanità*, *Persona e danno*, oltre alla rivista di Paolo Zatti sono le fonti più attendibili, ma utili informazioni si possono trarre anche dai siti professionali forensi che colgono l'occasione della pubblicazione di sentenze recenti per diffondere i modelli giurisprudenziali che si vanno delineando.

2. – *Responsabilità della struttura*

La giurisprudenza è unanime nel riconoscere la responsabilità contrattuale della struttura per il danno provocato dal medico, sia che essa sia determinata da errore dell'équipe o del singolo operatore sanitario, sia che il danno derivi da infezioni contratte dal paziente nel corso della sua degenza. (Cass., sez. un., n. 577 del 2008; Cass. n. 8664 del 2017). Il rapporto è qualificato come derivato da un contratto atipico (o misto, tra contratto alberghiero e contratto di servizi), ma l'origine della responsabilità è ancora fondata sul principio *cuius commoda eius et incommoda* o sulla responsabilità per fatto altrui, secondo la classificazione francese (sent. 21 agosto 2018, n. 20829). Il Tribunale di Cassino (con sent. 21 luglio 2017) ha precisato che «la responsabilità della struttura sanitaria è di natura contrattuale e che “può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale”, a nulla rilevando la circostanza per cui il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto».

Molteplici sono i casi che riguardano la responsabilità diretta della struttura per infezioni contratte durante la degenza [v. Trib. Genova,

sez. II, 29 maggio 2017, n. 1456 (con nota di CORSO, in *responsabilità medica.it*) e Cass. 29 maggio 2017, n. 1456: sul punto v. DAVOLA, *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria, in Danno e responsabilità*, 2017, 3, p. 357 ss. a commento del Trib. Roma, 9 agosto 2017; Trib. Milano, 20 giugno 2018 in *lanuovaprocecuracivile.com*].

La Cassazione civile, sez. III, con la citata sentenza 21 agosto 2018 n. 20829, ricostruisce in dettaglio l'ambito della responsabilità contrattuale con queste motivazioni: «la struttura sanitaria risponde a titolo contrattuale dei danni patiti dal paziente: per fatto proprio, *ex art. 1218 c.c.*, ove tali danni siano diipesi dall'inadeguatezza della struttura, ovvero per fatto altrui, *ex art. 1228 c.c.*, ove siano diipesi dalla colpa dei sanitari di cui essa si avvale (cfr. Cass., 3 febbraio 2012, n. 1620; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826; Cass., 24 maggio 2006, n. 12362). Si è al riguardo precisato che la responsabilità contrattuale della casa di cura non rimane esclusa in ragione dell'insussistenza di un rapporto contrattuale che leghi il medico alla struttura sanitaria, in tale ipotesi operando il principio dell'appropriazione o dell'avvalimento dell'opera del terzo di cui all'art. 1228 c.c. (v. Cass., 27 agosto 2014, n. 18304). Va pertanto ribadito che in base alla regola di cui all'art. 1228 c.c. (come quella di cui all'art. 2049 c.c.) il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvalga dell'opera di terzi risponde dunque anche dei fatti dolosi o colposi di costoro (v. Cass., 24 maggio 2006, n. 12362; Cass., 4 marzo 2004, n. 4400; Cass., 8 gennaio 1999, n. 103), ancorché non siano alle sue dipendenze (v. Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619; Cass., 21 febbraio 1998, n. 1883; Cass., 20 aprile 1989, n. 1855). La responsabilità per fatto dell'ausiliario (e del preposto) prescinde infatti dalla sussistenza di un contratto di lavoro subordinato, irrilevante essendo la natura del rapporto tra i medesimi intercorrente ai fini considerati, fondamentale rilievo viceversa assumendo la circostanza che dell'opera del terzo il debitore comunque si sia avvalso nell'attuazione della propria obbligazione, ponendo la medesima a disposizione del creditore (v., da ultimo, con riferimento a diversa fattispecie, Cass., 6 giugno 2014, n. 12833; Cass., 26 maggio 2011, n. 11590), sicché la stessa risulti a tale stregua inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio. La responsabilità che dall'esplicazione dell'attività di tale terzo direttamente consegue in capo al soggetto che se ne avvale riposa infatti sul principio *cuius commoda eius et incommoda*, o, più precisamente, come detto, dell'appropriazione o "avvalimento" dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino. Né, al fine di considerare interrotto il rapporto in base al quale il

debitore è chiamato a rispondere, vale distinguere tra comportamento colposo e comportamento doloso del soggetto agente (che della responsabilità del primo costituisce il presupposto), essendo al riguardo sufficiente (in base a principio che trova applicazione sia nella responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale) la mera occasionalità necessaria (v. Cass., 17 maggio 2001, n. 6756; Cass., 15 febbraio 2000, n. 1682). La struttura sanitaria risponde allora direttamente di tutte le ingerenze dannose che al dipendente o al terzo preposto (medico), della cui opera comunque si è avvalso, sono state rese possibili dalla posizione conferitagli rispetto al creditore/danneggiato, e cioè dei danni che ha potuto arrecare in ragione di quel particolare contatto cui è risultato esposto nei suoi confronti il creditore (nel caso, il feto/neonato). La struttura sanitaria è infatti direttamente responsabile allorquando l'evento dannoso risulti come nella specie da ascrivere alla condotta colposa posta in essere (quando anche a sua insaputa: cfr. Cass., 17 maggio 2001, n. 6756) dal medico (cfr. Cass., 27 agosto 2014, n. 18304), della cui attività essa si è comunque avvalsa per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale».

3. – *Responsabilità dell'équipe*

La nuova disciplina non si sofferma sulla responsabilità dell'*équipe* medica, ma la giurisprudenza aveva esaminato il problema in dettaglio. Una pronuncia della Suprema Corte aveva precisato che «grava sul capo dell'*équipe* medico-chirurgica il dovere, da valutarsi alla luce delle particolari condizioni operative, di controllare il conteggio dei ferri utilizzati nel corso dell'intervento e di verificare con attenzione il campo operatorio prima della sua chiusura, al fine di evitare l'abbandono in esso di oggetti facenti parte dello strumentario» (Cass. n. 34503 del 2016). Quanto all'apporto di ciascun componente dell'*équipe* si era detto – in sede penale – che la responsabilità è legata alla valutazione delle concrete mansioni di ciascun componente.

Sul tema è tornata la Corte di Cassazione (penale), con sentenza n. 22007 del 2018 in un caso di decesso di una paziente sottoposta a taglio cesareo. Nell'accertamento dei fatti è emersa la responsabilità dell'intera *équipe* medica, intesa come parte di un'entità unica e non di una collettività di professionisti. Ciò perché ciascun medico d'*équipe*, oltre al rispetto delle *leges artis* del settore di competenza, è tenuto al rispetto di una regola cautelare più ampia avente a oggetto un onere particolare di cautela e di controllo sulle modalità di effettuazione dell'intervento, anche relativamente all'attività precedente e/o coeva svolta da altro collega, pur quando questo non rientri nella sua diretta competenza. E si è affermato che il

medico è responsabile se non si accorge dell'errore compiuto dal collega: anche in questo caso si trattava di un procedimento penale (Cass., 4 settembre 2018, n. 39733).

4. – *Responsabilità del medico. Le buone pratiche e le linee-guida*

Con le precisazioni offerte dalla nuova disciplina e dalle iniziative assunte dal Ministero della Salute le buone pratiche e le linee-guida hanno assunto un ruolo determinate nell'accertamento della responsabilità medica.

Per le buone pratiche è particolarmente significativa la pronuncia del 9 ottobre 2018, n. 47748 (anch'essa in sede penale), che ha dovuto ricostruire tutta la concatenazione normativa della responsabilità medica in quanto il fatto illecito era avvenuto nel 2009.

Osservano a questo proposito i giudici che:

«Al riguardo, occorre rilevare come dall'epoca in cui si è verificato il fatto, nell'anno 2009, ad oggi si siano succedute ben tre normative. Nel 2009 l'ordinamento non dettava alcuna particolare prescrizione in tema di responsabilità medica. Erano dunque applicabili i principi generali in materia di colpa, alla stregua dei quali il professionista era penalmente responsabile, *ex art. 43 c.p.*, quale che fosse il grado della colpa (...). Nel 2012 entrò in vigore il d.l. 13 settembre 2012 n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012 n. 189 (cosiddetta legge Balduzzi), il quale all'art. 3, comma 1, recitava: "L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene alle linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo". È poi, di recente, entrata in vigore la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), la quale, all'art. 6, ha abrogato il predetto d.l. n. 158 del 2012, art. 3 e ha dettato l'art. 590 *sexies* c.p., attualmente vigente. Nel caso di specie, va esclusa l'applicabilità sia del d.l. n. 158 del 2012, art. 3, comma 1, che dell'art. 590 *sexies* c.p. Per quanto riguarda quest'ultima norma, va, infatti, rilevato come il tenore testuale dell'art. 590 *sexies*, introdotto dalla l. n. 24 del 2017, nella parte in cui fa riferimento alle linee-guida, sia assolutamente inequivoco nel subordinare l'operatività della disposizione all'emanazione di linee-guida "come definite e pubblicate ai sensi di legge". La norma richiama dunque la l. n. 24 del 2017, art. 5, che detta, come è noto, un articolato iter di elaborazione e di emanazione delle linee-guida. Dunque, in mancanza di linee-guida approvate ed emanate mediante il procedimento di cui alla l. n. 24 del 2017, art. 5, non può farsi riferimento all'art. 590 *sexies* c.p., se non nella parte in cui questa norma richiama le buone pratiche clinico-assistenziali, rimanendo, naturalmente, ferma la possibilità di trarre utili indicazioni di carattere ermeneutico dall'art. 590 *sexies*

c.p., che, a regime, quando verranno emanate le linee-guida con il procedimento di cui all'art. 5, costituirà il fulcro dell'architettura normativa e concettuale in tema di responsabilità penale del medico. Ne deriva che la possibilità di riservare uno spazio applicativo nell'attuale panorama fenomenologico all'art. 590 *sexies* c.p. è ancorata all'opzione ermeneutica consistente nel ritenere che le linee-guida attualmente vigenti, non approvate secondo il procedimento di cui alla l. n. 24 del 2017, art. 5, possano venire in rilievo, nella prospettiva delineata dalla norma in esame, come buone pratiche clinico-assistenziali. Opzione ermeneutica non agevole ove si consideri che le linee guida differiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali, sostanziandosi in raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a offrire indicazioni utili ai medici nel decidere quale sia il percorso diagnostico-terapeutico più appropriato in specifiche circostanze cliniche (Cass., sez. 4, n. 18430 del 5 novembre 2013, Rv. 261293). Esse consistono dunque nell'indicazione di *standards* diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica, a garanzia della salute del paziente (Cass., n. 11493 del 24 gennaio 2013; Cass., n. 7951 dell'8 ottobre 2013, Rv. 259334) e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi (sez. un., n. 29 del 21 dicembre 2017): e quindi qualcosa di molto diverso da una semplice buona pratica clinico-assistenziale. Ma anche se volesse accedersi alla tesi, pur non esente da profili di problematicità, dell'equiparazione delle linee-guida attualmente vigenti – non approvate ed emanate attraverso il procedimento di cui alla l. n. 24 del 2017, art. 5 – alle buone pratiche clinico-assistenziali, previste dall'art. 590 *sexies* c.p., aprendo così la strada ad un'immediata operatività dei principi dettati da quest'ultima norma, rimarrebbe insuperabile il rilievo secondo cui essa esclude la punibilità soltanto laddove siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida oppure le buone pratiche clinico-assistenziali. E abbiamo poc'anzi visto invece come, secondo quanto emerge dalla sentenza impugnata, esse non siano state affatto rispettate, poiché i giudici di merito hanno accertato profili di imperizia, consistenti nella mancata posizione in diagnosi differenziale della dissezione dell'aorta e nell'errata formulazione della diagnosi di sindrome coronarica acuta, nonostante gli esiti delle analisi, per nulla dirimenti. Hanno poi accertato profili di negligenza, consistenti nella omessa esecuzione degli esami indicati dalle linee guida; nella omessa visione diretta delle lastre della radiografia toracica, dimostrative dello sbandamento dell'aorta, e nella omessa esecuzione di una ECO completa, per esaminare la parte superiore del cuore, l'origine dell'aorta e i tronchi sovraortici. Vengono dunque a mancare due dei presupposti fondamentali per l'applicabilità dell'art. 590 *sexies* c.p. e cioè il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida e la ravvisabilità in via esclusiva di imperizia e non anche di negligenza. Per le stesse ragioni non può trovare applicazione neanche il D.L. n. 158 del 2012, art. 3; non potendosi ritenere che il F. si sia attenuto alle linee-guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica».

5. – *Il consenso informato*

In un caso deciso dalla Corte d'appello di Firenze, il 30 settembre 2015, la Corte di Cassazione, in riforma con rinvio, ha precisato che

«la condotta omissiva che incide sulla sfera sessuale di un individuo, lungi dal provocare un pregiudizio indiretto sul coniuge, è in grado di riverberare i suoi effetti, in via immediata e riflessa, nella relazione di coppia, e pertanto di incidere direttamente anche sul coniuge, egualmente privato di un aspetto importante e caratterizzante del rapporto di coppia, collegato ai diritti e obblighi sanciti nell'art. 142 c.c., comma 2 (v. in tal senso, Cass. Sez. 1, Sentenza n. 9801 del 10/05/2005, ove è stato sancito che lede la donna nel suo diritto alla sessualità, in sé e nella sua proiezione verso la procreazione, che costituisce una dimensione fondamentale della persona ed una delle finalità del matrimonio, l'omessa informazione, in violazione dell'obbligo di lealtà, da parte del marito, prima delle nozze, della propria incapacità *coeundi* a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, che induca la donna a contrarre un matrimonio che, ove informata, ella avrebbe rifiutato).

Pertanto, relativamente alla fattispecie in esame, ove l'omesso consenso informato da parte del personale medico ha certamente inciso sulla sfera sessuale della coppia di coniugi in sé considerata, e non solo su quella del paziente, si deve affermare un nuovo principio di diritto, nel senso che: “in tema di consenso informato, qualora risulti accertata, con riferimento alla sottoposizione di un coniuge ad un intervento, una situazione peggiorativa della salute incidente nella sfera sessuale, rientrante nel rischio dell'intervento, e peggiorativa della condizione del medesimo, sebbene non imputabile a cattiva esecuzione dello stesso, il coniuge che risente in via immediata e riflessa del danno, incidente nella sfera sessuale e relazionale della vita di coppia, collegato a detto peggioramento, ha diritto al risarcimento del danno, in quanto tale danno è conseguenza della condotta di violazione della regola del consenso informato in danno del coniuge, nei limiti di come è stato rilevato nei suoi confronti”» (Cass., sent. 23 ottobre 2018, n. 26728).

Risulta dalla sentenza che l'omissione era imputabile all'aiuto del medico.

Con ordinanza del 9 luglio 2018 n. 19199 la Corte di Cassazione ha ignorato la nuova disciplina della responsabilità medica, sceverando il rapporto tra medico e paziente relativo all'obbligo informativo dalle cure e dal trattamento sanitario, ed ha affermato il principio in base al quale l'omissione di informazione attiene ad un rapporto contrattuale. Nel testo della motivazione dell'ordinanza si legge che

«Fermo il principio ormai consolidato di questa Corte secondo cui, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento

deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento (cfr. Cass., sez. L, sent. 30 ottobre 2001, n. 13533), è appena il caso di osservare come la Corte d'appello ha ritenuto pienamente provata la condotta di inadempimento dei sanitari della struttura all'obbligo informativo preventivo, avendo rilevato che il contenuto del modulo predisposto dalla struttura sanitaria e sottoposto alla sottoscrizione del paziente presentasse un "contenuto effettivamente generico" tale da non consentire "la piena conoscenza della natura dell'intervento chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative"».

Non vi è ragione però di moltiplicare i rapporti giuridici tra i soggetti che operano nel settore sanitario, se non si tratta di ruoli diversificati (come accade ad es. per la struttura sanitaria, per gli infermieri o per i medici dipendenti o per i medici che si avvalgono della struttura avendo un rapporto pregresso con il paziente). La violazione dell'obbligo informativo dovrebbe essere inclusa nell'ambito del rapporto terapeutico e quindi ripetere la sua natura dallo stesso rapporto instaurato tra medico e cliente.

Il dialogo continua, e i problemi interpretativi saranno corroborati dalla meditazione della dottrina e della giurisprudenza.

GUIDO ALPA

L'ultima parola delle sezioni unite della Cassazione in materia di clausole *claims made*

1. – Dalle sezioni unite del 2016 alle sezioni unite del 2018

A distanza di circa otto mesi dall'ordinanza interlocutoria (n. 1465 del 19 gennaio 2018) con cui la terza sezione della Corte di Cassazione aveva prospettato la questione, le sezioni unite si sono pronunciate, con sentenza n. 22437 del 24 settembre 2018, sulla liceità delle clausole *claims made*, diffusamente apposte – oramai da decenni, e non solo in Italia – ai contratti di assicurazione della responsabilità civile.

Come è noto, il tema non è nuovo, dal momento che già nel 2016 le stesse sezioni unite erano state investite di quesiti connessi alla validità e meritevolezza del modello assicurativo “a richiesta fatta”, giungendo a decretare, in particolare, che:

«(a) la clausola *claim's made*, nella parte in cui consente la copertura di fatti commessi dall'assicurato prima della stipula del contratto, non è nulla, e non rende nullo il contratto di assicurazione per inesistenza del rischio, ai sensi dell'art. 1895 c.c.;

(b) la clausola *claim's made*, nella parte in cui subordina l'indennizzabilità del sinistro alla circostanza che il terzo danneggiato abbia chiesto all'assicurato il risarcimento entro i termini di vigenza del contratto, delimita l'oggetto di questo, e non la responsabilità dell'assicuratore, e di conseguenza non è vessatoria;

(c) la clausola *claim's made*, pur non essendo vessatoria, potrebbe tuttavia risultare in singoli casi specifici non diretta a “realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”, ai sensi dell'art. 1322 c.c. Quest'ultima valutazione tuttavia va compiuta in concreto e non in astratto, valutando:

(c1) se la clausola subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto;

(c2) la qualità delle parti;

(c3) la circostanza che la clausola possa esporre l'assicurato a “buchi di garanzia”» (*Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140*)

Ponendosi in una linea di continuità con questo *dictum*, le sezioni unite ribadiscono, nella sentenza più recente, la conformità all'ordinamento giuridico italiano del modello astratto rappresentato dall'assicurazione

con clausola *claims made*, pur precisando l'opportunità di una valutazione puntuale, sotto differenti prospettive, della concreta configurazione dell'assetto di interessi volta per volta adottato.

Come segnalato dalla stessa sentenza qui in esame, sono note le ragioni che hanno condotto alla diffusione della formula *claims made*. Essa, meglio della *loss occurrence*, consente all'assicuratore una più agevole gestione dei rischi, in forza della delimitazione temporale realizzata con riferimento al momento della richiesta risarcitoria: è vero che la copertura potrebbe riguardare anche sinistri già verificatisi prima della conclusione del contratto, quando la richiesta risarcitoria giunge successivamente, ma tale eventualità è circoscritta – ma non esclusa – dall'operatività della disciplina in materia di dichiarazioni inesatte o reticenti, per cui il contraente assicurato, nel momento dell'informativa precontrattuale, dovrà rivelare i pregressi accadimenti a lui noti da cui potrebbero insorgere richieste risarcitorie (artt. 1892 e 1893 c.c.), con prevedibili ripercussioni in termini di aumento del premio. Viceversa, sicuramente l'assicuratore può contare sul fatto che, scaduta la polizza r.c., nessuna ulteriore richiesta risarcitoria sarà indennizzabile: egli non sarà in balia, come nell'ambito della *loss occurrence*, dell'incertezza di azioni promosse a distanza di anni dal verificarsi del fatto illecito (tipicamente, per i danni c.d. lungo latenti), in un'epoca futura in cui – per sopravvenienze fattuali o legislative, o ancora *revirement* giurisprudenziali – l'*an* e il *quantum debeatur* potrebbero non corrispondere alle originarie previsioni di stima.

In sintesi, la diffusione del sistema *claims made* ha determinato un contenimento del rischio nel mercato dell'assicurazione della r.c. (specialmente, r.c. prodotto e professionali), con conseguenze sotto il profilo della determinazione del premio. Ciò ha consentito il mantenimento sul mercato di prodotti assicurativi rispondenti alle esigenze di protezione della società, specie professionale, a condizioni economiche accettabili e ha rappresentato una efficace risposta alla diffusa tendenza all'aumento dei costi assicurativi, legata a un incremento della tutela risarcitoria.

Altrettanto note sono tuttavia le ragioni delle resistenze al modello *claims made*, imputato di dare luogo a uno squilibrio sinallagmatico tra le prestazioni, perché a fronte del pagamento di un premio l'assicurato riceverebbe una protezione inadeguata. Le perplessità attengono al rischio, a carico dell'assicurato, di trovarsi sprovvisto di copertura per il caso in cui la richiesta di risarcimento, pur essendo riferita a fatti risalenti al tempo dell'assicurazione, pervenga in un'epoca successiva alla cessazione del rapporto assicurativo. In linea di massima, a tale critica può replicarsi che il rischio assicurato è sempre convenzionalmente delimitato, e a ciò corri-

sponde una conseguente definizione del premio dovuto. Non è inutile ricordare in questa sede come il premio sia l'esito di una valutazione economica basata su calcoli statistico-attuariali, riferiti alla massa di rischi omogenei assunti dall'assicuratore, sui quali incide anche la minor incidenza del rischio derivante da una delimitazione temporale della copertura. Pertanto, in una prospettiva generale, le censure di nullità per inesistenza del rischio, o di vessatorietà per squilibrio sinallagmatico, sembrano inconferenti.

Tale assunto pare oggi confermato dalla circostanza che lo stesso legislatore, nel definire la configurazione essenziale della polizza obbligatoria della r.c. professionale, ha prescelto in più occasioni il modello *claims made*, pur con alcune cautele connesse all'interesse sociale sotteso all'obbligatorietà della copertura, e specificamente imponendo l'ultrattività per dieci anni della garanzia nel caso in cui il professionista cessi l'attività (e non sia pertanto più obbligato ad assicurarsi) e la retroattività illimitata, ovvero la copertura per i fatti pregressi, in qualsiasi epoca verificatisi, purché reclamati nel periodo di efficacia della polizza (cfr. per la r.c. sanitaria l'art. 11 della legge n. 24 del 2017; per la r.c. degli avvocati, l'art. 2 D.M. Giustizia 22 settembre 2016). Sembra pertanto difficile contestare la legittimità in astratto di una previsione negoziale che è stata adottata dallo stesso legislatore (su questi temi, sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a RIVA, *Le clausole Claims Made nell'assicurazione della responsabilità civile, tra resistenze giudiziali e coperture obbligatorie*, in *questa rivista*, 2018, p. 1061-1086).

Cionondimeno, occorre constatare come il panorama delle clausole *claims made* si riveli piuttosto eterogeneo e multiforme: rispetto al classico schema desumibile dal disposto dell'art. 1917 c.c. (c.d. *loss occurrence*), l'oggetto della copertura è definito non guardando ai fatti accaduti nel tempo di vigenza della polizza, bensì alle richieste risarcitorie pervenute in questa frazione temporale. Sennonché, a tale caratteristica costante la prassi assicurativa accosta differenti contenuti, idonei a incidere in maniera significativa sulla garanzia: oltre a franchigie e scoperti, vengono in considerazione le clausole di ultrattività, che estendono la copertura anche a richieste pervenute dopo la scadenza del contratto, purché entro un determinato periodo temporale; le clausole che impongono, ai fini della copertura, che non soltanto la richiesta risarcitoria, ma anche il sinistro, siano intervenuti nel periodo di vigenza del contratto; le clausole di limitata retroattività, che impongono che il fatto causativo del danno sia avvenuto non oltre un determinato numero di anni rispetto alla conclusione del contratto; le c.d. *deeming clauses*, che consentono di considerare una

richiesta di risarcimento fatta durante il periodo di assicurazione, anche se in realtà è successiva, purché l'assicurato abbia, nel periodo di vigenza dell'assicurazione, comunicato all'assicuratore le circostanze dalle quali possa ragionevolmente presumersi che scaturirà la richiesta risarcitoria; e ancora, le clausole che consentono il recesso dopo la denuncia di sinistro.

Anche a fronte di tale varietà di fisionomie, si comprende l'atteggiamento delle sezioni unite della Cassazione, nel 2016 e in maniera più articolata nel 2018, propense ad affermare sì la validità in astratto dello schema negoziale in oggetto, ma imponendo anche una valutazione in concreto sotto molteplici profili.

2. – *Il giudizio in astratto: la clausola claims made è valida e non è vessatoria*

Ancorché la validità e meritevolezza in astratto della clausola *claims made* sia stata più volte ribadita, non da ultimo dal medesimo massimo organo giudicante nel 2016, le sezioni unite della Cassazione sono state chiamate a una nuova riflessione, anche su questi profili, e in particolare a valutare la fondatezza delle seguenti valutazioni giuridiche:

«(a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di “sinistri” fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c., ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917 c.c., comma 1;

(b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito» (Cass., ord. interlocutoria, 19 gennaio 2018, n. 1465).

Sotto il profilo *sub (a)*, il collegio rimettente ravvisa nella *claims made* un inammissibile effetto distorsivo della stessa essenza ontologica del contratto assicurativo, poiché il “sinistro” non coinciderebbe più con la commissione di un illecito aquiliano, ma consisterebbe in una richiesta risarcitoria, che come tale sarebbe priva di quei caratteri – la non volizione e la dannosità – che invece connotano l'evento nel sistema delle assicurazioni.

Sotto il profilo *sub (b)*, il collegio rimettente prospetta l'idea di un ingiusto vantaggio a favore dell'assicuratore, e una soggezione dell'assicurato alle scelte del danneggiato sul se e quando chiedere il risarcimento.

Con riguardo a ciascun profilo, si segnalano nell'ordinanza di rimesione conseguenze paradossali che deriverebbero da una puntuale applicazione della disciplina assicurativa nel contesto della *claims made*, quali, tra le altre, il fatto che l'assicurato in forza dell'obbligo di salvataggio dovrebbe "rendersi irreperibile alle richieste del terzo, ovvero non accettare le raccomandate o le notificazioni da questo speditegli" (ancorché abbia interesse a che la richiesta pervenga prontamente, prima della scadenza della polizza), o il fatto che anche una richiesta infondata, costituendo "sinistro", legittimerebbe l'assicuratore a esercitare il diritto di recesso. Si tratta chiaramente di forzature interpretative, e di esiti applicativi facilmente scongiurabili con il parametro della ragionevolezza.

La sentenza qui in esame respinge – auspicabilmente in maniera conclusiva e in base alle argomentazioni che seguono – le censure mosse, in astratto, alla clausola *claims made*.

Il contratto così modellato non è, s'afferma, estraneo al tipo "assicurazione della responsabilità civile", configurandosi invece come espressione del potere delle parti di conformare liberamente il contenuto negoziale, e pertanto, restando nell'area della tipicità legale, non si impone un vaglio di "meritevolezza" ai sensi del capoverso dell'art. 1322 c.c. Semmai, e più propriamente, s'imporrà il tema del rispetto dei "limiti imposti dalla legge", secondo il disposto del primo comma dell'articolo citato, con riguardo alle concrete fisionomie assunte di volta in volta dal regolamento d'interessi così conformato.

La clausola *claims made* non contraddice il "tipo" delineato dall'art. 1917 c.c., e non snatura il concetto di "sinistro", nella misura in cui la condotta materiale cui è riconducibile materialmente il pregiudizio patrimoniale è pur sempre necessaria, occorrendo tuttavia in ogni caso, per l'attivazione della copertura assicurativa, una richiesta risarcitoria che vada a buon fine. Più modestamente, la clausola *de qua* delimita il rischio assicurato, ovvero l'oggetto del contratto, escludendo quell'area di sinistri per i quali la richiesta risarcitoria giunge tardivamente: rientra nella libertà negoziale delle parti configurare diversamente la copertura r.c., definendo autonomamente quali danni garantire per meglio perseguire i propri interessi e dunque accedere a una nozione convenzionale di sinistro, sempre nel rispetto del principio indennitario (per cui l'assicurazione contro i danni non è e non può essere scommessa, né può configurare un arricchimento dell'assicurato).

Quale previsione negoziale delimitativa dell'oggetto del contratto e non limitativa della responsabilità, si sottrae conseguentemente alla censura, da più parti prospettata, di vessatorietà ai sensi dell'art. 1341 c.c. e

dell'art. 33 c.cons. (disciplina che comunque raramente verrebbe in gioco trattandosi di assicurazioni professionali).

Quanto già sembrava essere un punto fermo del diritto applicato nel 2016 pare oggi un traguardo ancora più saldo: l'accettazione della formula *claims made*, quale legittima esplicazione dell'autonomia negoziale, non contrastante, nella sua fisionomia essenziale, con specifiche norme di legge o principi generali dell'ordinamento giuridico. In altri termini, l'astratta possibilità di delineare l'oggetto della copertura assicurativa facendo riferimento non al momento dell'illecito, ma al tempo della richiesta di risarcimento pare definitivamente accolta.

3. – *Il giudizio in concreto: informazione, adeguatezza, equilibrio contrattuale*

Seppure orientato non nella logica della meritevolezza/immeritevolezza degli interessi perseguiti, bensì in quella del rispetto dei «limiti imposti dalla legge», il giudizio sul concreto assetto di interessi realizzato dalle parti da un lato risponde a ispirazioni simili, trattandosi in ultima analisi di valutare se vi sia o meno conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, dall'altro si apre a valutazioni di più ampio respiro, che non attengono al solo momento genetico del rapporto, ma anche a quello prodromico e a quello attuativo.

Ciò, mi pare, non equivale a una vittoria del fronte dei detrattori della clausola *claims made*, né a un tentativo di far rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta, ma più semplicemente significa che tale modello negoziale deve conformarsi, come ogni altra forma di esplicazione dell'autonomia contrattuale, ai principi generali, anche di rango costituzionale e sovranazionale, che reggono il nostro sistema giuridico.

Le sezioni unite del 2018 prospettano così, nella parte più originale della sentenza – rispetto ai contenuti della sentenza delle stesse sezioni del 2016, ma non rispetto ai suggerimenti già emersi nella letteratura giuridica – alcuni profili che richiedono di essere vagliati con attenzione.

In primis, viene in considerazione il puntuale adempimento degli obblighi precontrattuali d'informazione gravanti su intermediari e imprese e puntualmente descritti, con uno sforzo di concretizzazione del generale dovere di correttezza nelle trattative, dal codice delle assicurazioni private e dai regolamenti attuativi. Dal combinato disposto dell'art. 120, comma 3, c.ass. e dell'art. 52 Reg. Isvap n. 5/2006 si ricava che l'intermediario è tenuto ad acquisire dal contraente ogni informazione utile a valutare l'adeguatezza del contratto offerto, conservandone traccia documentale, e quindi a proporre un prodotto "adeguato" in relazione alle esigenze assi-

curative di quest'ultimo. Con riguardo al tema che qui ci occupa, non v'è dubbio che primaria esigenza di chi si assicura contro il rischio di responsabilità civile sia essere tenuto indenne da eventuali richieste risarcitorie provenienti da terzi danneggiati, e ricevere una copertura il più possibile estesa. Si profila così l'annoso problema dei c.d. "buchi di copertura": l'offerta di un'assicurazione r.c. con clausola *claims made* (o anche *loss occurrence*) configurata in maniera tale che, nell'avvicinarsi di due polizze, sussistano sinistri non coperti né dalla precedente né dalla successiva, potrebbe configurare una violazione da parte dell'intermediario proponente dell'obbligo di adeguatezza, a maggior ragione ove di tale frangente l'assicurato non sia stato opportunamente informato, con conseguente attivazione di rimedi risarcitori (riferibili, trattandosi di responsabilità da illecito precontrattuale che ha condotto alla conclusione di un contratto valido ed efficace, alle maggiori utilità che l'assicurato avrebbe conseguito ove fosse stato correttamente informato).

Se l'assicurato, reso edotto delle modalità operative del contratto in negoziazione, accetta il rischio, verosimilmente contando su un risparmio nei premi, che per talune domande risarcitorie potrebbe non essere coperto, nulla si può imputare all'intermediario, e nemmeno sembra opportuno – salve le considerazioni che seguiranno – un paternalistico intervento giudiziale correttivo dell'autonomia privata. La prospettiva muta, evidentemente, laddove l'ordinamento giuridico abbia imposto un obbligo assicurativo, come nel caso della r.c. sanitaria: qui, l'interesse collettivo ("a una corretta allocazione dei costi sociali dell'illecito") sotteso all'imposizione legislativa esige che la configurazione della copertura non sia rimessa all'arbitrio delle parti, e che siano garantiti, come visto in precedenza, requisiti minimi di copertura e opportune cautele.

Sul versante del momento attuativo del rapporto, le sezioni unite giudicano di elevata problematicità la clausola, talora presente nella contrattualistica assicurativa, che consente all'assicuratore di recedere al verificarsi del sinistro; nonostante la corrispondente previsione della liberazione dell'assicurato dal versamento dei premi residui, su tale clausola aleggia più di un dubbio di vessatorietà, per l'evidente frustrazione dell'aspettativa di durata della copertura da parte dell'assicurato, e per l'evidente squilibrio di posizioni giuridiche che si determina.

Sul versante del contenuto negoziale, infine, le sezioni unite sollecitano il giudice del merito a un'analisi circa la sussistenza della causa in concreto del contratto:

«in quest'ottica, l'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta un veicolo utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la

funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo (...), là dove l'emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica» (Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437).

Il passaggio è molto significativo. Nel pensiero della Corte di Cassazione, la funzione pratica del contratto di assicurazione sarebbe frustrata *ab origine* da un significativo divario economico tra rischio assicurato e premio, al punto da determinare la nullità del contratto per carenza di causa in concreto.

Si palesa in tal modo una caratteristica nodale ed esclusiva del contratto di assicurazione contro i danni, una caratteristica che affonda le proprie radici nelle dinamiche economiche dell'operazione negoziale, ma che nell'argomentare della giurisprudenza s'eleva a requisito causale essenziale: il necessario equilibrio tra rischio e premio, conseguente alla già ricordata circostanza per cui il premio è l'esito di una valutazione attuariale strettamente intrecciata all'entità del rischio assicurato.

La conservazione, per tutto il corso del rapporto, dell'originario equilibrio sinallagmatico, onde evitare che l'assicuratore si veda costretto a pagare somme sproporzionate rispetto ai premi riscossi, è da sempre considerata un'esigenza vitale delle dinamiche assicurative, cui offrono conferme il legislatore (si pensi alla disciplina dell'aggravamento del rischio), e la giurisprudenza (cfr. ad esempio Cass., 3 ottobre 1997, n. 9678, che in tema di assicurazione obbligatoria r.c. auto, ha escluso efficacia retroattiva ai provvedimenti amministrativi di adeguamento ai valori monetari correnti dei massimali fissati dalla legge n. 990 del 1969, proprio per scongiurare un temuto stravolgimento dell'equilibrio contrattuale). Sulla stessa linea di pensiero si pone quell'orientamento che vede nel principio di corrispondenza tra premio versato e contenuto dell'obbligazione dell'assicuratore l'asse portante dell'indagine ermeneutica, laddove si tratti di interpretare espressioni equivoche incidenti sul contenuto della garanzia (come in Cass., 30 aprile 2010, n. 10596).

Senonché la sentenza qui in esame segna un punto di svolta, poiché ciò che viene vagliato non è qui lo squilibrio sopravvenuto, bensì quello originario, sulla base dell'implicita convinzione che l'entità del premio non sia una variabile rimessa all'arbitrio delle parti contraenti, bensì debba rispondere alle logiche dei calcoli statistico attuariali.

«Non è, dunque, questione di garantire, e sindacare perciò, l'equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale, ma occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrat-

tuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale “*on claims basis*” presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazioni contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale» (Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437).

Se possono ammettersi limitate variazioni tariffarie legate alle scelte concorrenziali delle singole imprese, un “disequilibrio palese” dell’assetto sinallagmatico, ovvero gravi scostamenti tra il premio e il rischio assicurato (o anche – è da ritenersi – se non paiono giustificate – e dunque se sospette di rappresentare un abuso – clausole di franchigia o scoperti anomali) diventano, nella lettura delle sezioni unite, sintomo di mancanza di causa in concreto. Tutto sul presupposto, non esente da criticità, della realizzabilità pratica di una valutazione di questo tipo, che implica non solo l’impiego di tecniche matematiche assai specialistiche, ma anche di dati e informazioni interne all’impresa di non facile conoscibilità (sul punto, da ultimo, v. A. VICARI, *Polizze claims made, riserve tecniche, rischio operativo e trasparenza contrattuale*, in *Giust. comm.*, 2018, p. 301).

Di ciò – così come del profilo dell’onere probatorio relativo al citato disequilibrio, che a rigore dovrebbe gravare sull’assicurato che invoca la nullità – la pronuncia in esame non sembra curarsi, volgendo invece attenzione alle conseguenze della declamata nullità.

«A tanto il giudice potrà porre rimedio, per garantire l’equo temperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l’abuso del diritto (...), in forza della norma di cui all’art. 1419, comma 2 così da integrare lo statuto negoziale (non già tramite il modello della c.d. *loss occurrence* di cui all’art. 1917, comma 1, bensì) attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l’equilibrio dell’assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa» (Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437).

Il passaggio sopra riportato rivela come la sentenza in esame si sia ancora una volta assestata sulla scia della linea tracciata dalle sezioni unite del 2016. La tesi della nullità totale del contratto per mancanza di causa è opportunamente respinta per gli insoddisfacenti esiti applicativi cui darebbe vita: l’invalidità contrattuale priverebbe l’assicurato della possibilità di pretendere l’indennizzo assicurativo; residuerebbe la sola possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale dell’assicuratore per avere indotto la controparte a stipulare un contratto invalido, riconoscendo al danneggiato il danno derivante dal non avere potuto concludere, essendo stato coinvolto in una trattativa che ha condotto a un contratto nullo, altra

assicurazione che, in forza di un premio maggiorato, avrebbe garantito l'indennizzo a seguito del verificarsi del sinistro. Parimenti inefficiente è la tesi della sostituzione del modello *claims made* con il modello *loss occurrence*, opportunamente respinta dalla sentenza in esame: l'operazione rischierebbe di determinare uno sbilanciamento a vantaggio dell'assicurato, se il premio corrisposto non è stato calcolato sul modello legale. Piuttosto, si profila il riconoscimento al giudice del merito di un potere d'intervento sul contenuto contrattuale, qualora ciò appaia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto.

Un vero e proprio intervento di giustizia contrattuale, in senso modificativo o integrativo dell'autonomia privata, preordinato a rendere l'assetto d'interessi in concreto adottato "adeguato" agli interessi delle parti, e dell'assicurato in particolare, nel rispetto del principio secondo cui, nello speciale ambito del contratto di assicurazione, l'equilibrio – da intendersi, secondo parametri attuariali (e al netto dei caricamenti, che costituiscono la remunerazione sperata dall'assicuratore) – tra rischio assicurato e premio dovuto assurge a elemento essenziale di struttura della fattispecie.

Definita la finalità ultima, molteplici e non predeterminabili *a priori* paiono essere i mezzi adoperabili dai giudicanti, in risposta alla nullità derivante dal difetto di causa in concreto, per conformare il contratto assicurativo a un modello adeguato allo scopo pratico perseguito dai contraenti, mezzi i quali, più che incidere sul profilo prettamente economico, parrebbero volgere lo sguardo all'adattamento – in senso più favorevole all'assicurato – della copertura. Sarà interessante monitorare come i giudici del merito approfitteranno di tale potere conformativo con riguardo alle singole fattispecie concrete.

Ma proprio in tale ottica, e onde prevenire eccessi paternalistici, merita ribadire, in conclusione, come la prospettiva debba muovere sempre da una valutazione di ammissibilità e non abusività del modello *claims made*, sì che l'opera adeguatrice dovrà necessariamente intervenire in via residuale, nelle ipotesi patologiche di abuso di uno strumento di per sé lecito (in questa direzione sembrano muoversi le prime decisioni di merito successive all'arresto delle sezioni unite: cfr. Trib. Lucca, 14 novembre 2018 e Trib. Siena, 26 ottobre 2018).

Detipizzazione legale e (ri)costruzione contrattuale

1. – *La caduta del “tipo” e l’avvento del “modello”: il nuovo modus operandi del legislatore. L’autonomia*

Negli ultimi decenni stiamo assistendo ad un profondo cambiamento del nostro ordinamento giuridico, con un ripensamento delle tecniche legislative così come del sistema delle fonti del diritto ⁽¹⁾. Muta il modo di fare le leggi, ma soprattutto il modo di creare nuovi strumenti giuridici da parte degli stessi operatori del diritto.

Sempre più dal “fatto” (economia) al “diritto” piuttosto che, potremmo dire, diritto inventato a tavolino per guidare l’economia anziché esserne guidati come da corporativa memoria.

Si pensi, ad esempio, ai fenomeni nati dall’economia: prima al venimento della soggettività come presupposto della trascrizione com’è avvenuto per le associazioni non riconosciute, il trust o simili segregazioni con un distacco di patrimonio nato dall’art. 2645 *ter* c.c., e ancora per le reti di imprese nate come fenomeno economico – di fatto – e solo dopo disciplinate dal legislatore (l. n. 33 del 2009 e sue successive modifiche ed integrazioni) ma solo come modello contrattuale e non come tipo. E a tal proposito alcuni autori sono arrivati a parlare di transtipo ⁽²⁾.

Quel tipo, di matrice codicistica, a cui i giuristi un po’ più *agées* erano abituati a rapportarsi, come a una certezza del diritto ⁽³⁾, è un po’ in crisi; esiste ancora ma non è più l’attore principale sulla scena.

⁽¹⁾ Sulla rivoluzione del sistema delle fonti nel nostro ordinamento si v. per tutti ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 127 e ss. con riferimenti al resto della dottrina sul tema ivi citata.

⁽²⁾ Si v. CAFAGGI, *Il contratto di rete ed il diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2009, p. 911; ed il mio *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012, e bibliografia ivi citata. Per una prima definizione di “norme transtipiche” si v. CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, in cui l’autore si riferisce al complesso di norme che vanno oltre i confini del tipo astratto, norme cioè che non identificano un nuovo contratto ma piuttosto servono da base per un duplice passaggio logico di astrazione e deduzione, attraverso il quale dalla norma viene estratto (o astratto) un principio, denominato principio transtipico, dal quale è possibile ricavare le norme adatte al caso concreto.

⁽³⁾ Così BRECCIA, *La nozione di tipico e atipico: spunti critici e ricostruttivi*, in *Tipicità ed atipicità nei contratti*, in *Quad. di giur. comm.*, Milano, 1983, p. 11 s., secondo cui i nuovi contratti hanno in comune «i caratteri propri delle fattispecie contrattuali di nuova generazione: la c.d. atipicità standardizzata»; e ancora MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 498 s.; sul tema si v. anche P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, I, p. 513.

Tipo rigido vuol dire più norme inderogabili, ma – come dirò – queste ultime sembrano ormai un lontano ricordo nel *modus operandi* del legislatore (4).

Come mia consuetudine svelo sin da subito quelle che saranno le mie conclusioni a partire proprio dalla scelta del titolo.

Un titolo che richiama il pensiero a noi tutti noto di Natalino Irti che già nel 1978, con il suo volume “l’età della decodificazione” aveva precorizzato lo sgretolamento progressivo del nostro sistema delle fonti normative (5). Uno sgretolamento che lo ha portato, poi nel 2007, a parlare di “diritto nell’età della tecnica” (6). Mentre altri autori (7) giungevano a parlare perfino di una ideologia della tecnica, con un sillogismo o *calculability* che sfugge di mano agli esseri viventi.

Ma oggi, da quello che da Francesco Galgano e dagli altri della sua generazione è stato definito lo “*shopping* del diritto” (8), siamo andati ancora oltre venendo meno anche al nostro stesso sistema giurisdizionale/ordinamentale.

Perché quando c’è una atomica – e cioè la globalizzazione dei mercati prima e del diritto ora – si deve andare a vedere cosa è rimasto in piedi: restano i principi generali, i grossi divieti del nostro ordinamento, come la tutela del creditore (*ex art.* 2740 c.c.), così come il divieto di patto commissorio (*art.* 2744 c.c.) – anche se oggi è sempre più mitigato dall’introduzione del patto Marciano – come la tutela dei legittimari (di cui agli artt. 536 ss. c.c.) così come il divieto di patti successori (*art.* 458 c.c.) oggi mitigati o condizionati anche loro dal patto di famiglia (*art.* 768 *bis* ss. c.c.) e dalle diverse segregazioni patrimoniali oggi riconosciute dal nostro ordinamento.

Lo stesso procedimento di superamento del tipo lo avevamo già visto nel diritto societario con la riforma Vietti che aveva iniziato il percorso di scardinamento del “tipo societario” puntando sempre più sull’autonomia

(4) Sul tipo contrattuale negli ordinamenti anglosassoni si v. ALPA, *La libertà di scelta del “tipo” contrattuale nella prassi di common law. Note in margine a un dibattito*, in questa rivista, 2018, p. 603 ss.

(5) Cfr. IRTI, *L’età della decodificazione*, DS, 1978, p. 613 ss.

(6) Cfr. IRTI, *Il diritto nell’età della tecnica*, 2007.

(7) Si v. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, 1, 1986.

(8) Si v. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, in cui si evidenzia come nell’era della globalizzazione il diritto muta rapidamente sull’onda della nuova *lex mercatoria*, ed i diritti nazionali non sono più chiusi dentro i loro confini politici, «bensì aperti alla competizione, quali modelli fruibili per una sorta di “*shopping*” del diritto».

contrattuale dei soci di cui all'art. 1322 c.c., fino ad arrivare oggi ad avere società di capitali senza capitale (società a capitale ridotto e semplificate), società lucrative che non distribuiscono utili (*Start-Up*), e professionisti sempre più imprenditori (società di avvocati di cui al d.d.l. concorrenza l. 4 agosto 2017 n. 124; e reti di e con professionisti di cui al *jobs act*-autonomi l. 22 maggio 2017 n. 81).

Si è parlato di crisi del sistema delle fonti, di questo nuovo *modus operandi* del legislatore, di questa generale delegificazione in favore di nuovi contratti basati sempre più su modelli e sempre meno su tipi, ma se ne è parlato solo nei contratti fra privati e non anche in ambito pubblicistico.

Appare dubbio che la detipizzazione e la delegificazione possano essere conformi alle regole di contrattazione delle Pubbliche Amministrazioni, anche quando queste agiscono in veste privata.

E ciò pur essendo ormai incontrovertibile, sin dagli anni settanta, la posizione della dottrina che a partire da Fabio Alberto Roversi Monaco – ora come allora – era ed è concorde nello stabilire «l'unitarietà del concetto di impresa e la irrilevanza, quanto alla disciplina dell'attività, della natura del soggetto che la gestisce» arrivando a sostenere che l'impresa pubblica deve essere «posta sullo stesso piano giuridico di quella privata» differenziandosi da questa «soltanto per la natura pubblica del soggetto imprenditore» ⁽⁹⁾.

Ma pur essendo ormai un principio assodato che imprenditore privato ed imprenditore pubblico sono soggetti alle medesime regole contrattuali, non si può negare che le pubbliche amministrazioni debbano rispondere anche ad altri principi generali di interesse pubblico, quali l'economicità, l'efficienza e l'efficacia.

E ancora, seppur con confini tendenzialmente sempre più incerti e affievoliti, esiste una differenza fra gli interessi egoistici dei privati di cui all'art. 1322 c.c. che nei contratti atipici devono superare solo il vaglio della meritevolezza, con gli interessi delle pubbliche amministrazioni che invece devono perseguire anche un generale interesse pubblico della comunità in cui operano ⁽¹⁰⁾. La pubblica amministrazione non ha piena

⁽⁹⁾ Sul punto, e più in generale sull'attività economica delle pubbliche amministrazioni, si v. il lungimirante pensiero di F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in *Introduzione al Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, 1977, p. 445 e ss. e bibliografia ivi citata.

⁽¹⁰⁾ Sui poteri di contrattazione delle pubbliche amministrazioni e sui limiti di applicabilità dei principi privatistici ai contratti con un soggetto pubblico, cfr. MEMMO, *Il diritto*

discrezionalità contrattuale come i privati, e la sua autonomia deve essere sempre soggetta ad una valutazione non solo di meritevolezza ma anche di effettiva idoneità del modello contrattuale prescelto alla realizzazione degli interessi pubblici da perseguire.

Principi che, oggi, difficilmente possono essere perseguiti in questo nuovo quadro giuridico delegificato e lasciato ad un contratto-modello che non ha più il conforto del tipo.

E forse, in questo nuovo disordine metodologico civilistico, proprio dal dialogo con il diritto amministrativo – esente da interferenze globalizzate – potremmo ritrovare quella sistematicità, soprattutto delle fonti, che appare perduta.

2. – *Il ruolo dell'interprete davanti ad una crescente delegificazione*

Quindi, dopo l'atomica della globalizzazione cosa è rimasto in piedi?

Il “*default*” invece che le inderogabilità, la nullità inequivoca ed i principi generali invece che i tipi – come ho già scritto in alcune occasioni ⁽¹¹⁾ – i modelli come nuova *guideline* di convenienza economico organizzativa più che di necessità/dovere, fino ad una delegificazione, e cioè all'eliminazione del ragionamento e soprattutto del vincolo inderogabile giuridico.

E così assistiamo all'elogio della interpretazione libera. Si tratta di un vero e proprio processo ermeneutico, come ricorda Guido Alpa citando Gadamer, che potrebbe essere denominato di “precomprensione”, nel senso che l'interprete compie addizioni al testo, il quale, in quanto tale, in sé e per sé, è muto ⁽¹²⁾. Vi è, quindi, un ampio margine di libertà e cioè di discrezionalità di cui egli si avvale. Cosicché emergono sempre di più i soggetti coinvolti in quanto studiosi del diritto.

In breve: dal fatto al *jus*: modificazioni dell'economia che impattano sempre più massicciamente anche sul ruolo e le funzioni di ermeneutica giuridica.

privato nei contratti della pubblica amministrazione, Padova, 1999; si v. inoltre BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 227 e ss.

⁽¹¹⁾ Di “*default*” parlai già in *Gli atti e i verbali societari. Controlli e massime notarili*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2006; ID., *Reti di impresa: dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, in *questa Rivista*, 2010, p. 951 ss.; ID., *Dal passato al presente: rogatio, funzioni giurisdizionali e forme notarili*, in *questa rivista*, 2012, 3, p. 952.

⁽¹²⁾ Così ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 7 e s.

E ancora più in breve dal *jus positum* tipico codicistico, al *jus* per consolidato orientamento prima giurisprudenziale, con una auto affermazione da parte di quell'autorevole fonte di valore "sistemico", e poi anche dottrinale. E poi al *jus* per uso sociale, o socialmente in uso, quello delle prassi, le buone prassi, sviluppatesi nel modo di fare diritto che comunque possono avere le loro conseguenze anche nel campo della legislazione sottordinata (penso ai codici disciplinari scendendo fino alla deontologia disciplinare).

Passando per il *jus* digitale obbligato nei suoi schemi, tutti controllati per definizione (o apparenza o forse addirittura potremmo dire "falsa credenza") degli informatici sul piano dei principi generali.

E sul punto ho sommessamente qualche perplessità. Anche perché quando la categoria dei notai si è messa a creare delle massime, all'interno di queste sono state inserite una serie di considerazioni che spesso prescindono dalla nullità o meno delle clausole analizzate e trattano di altri vizi minori; e se quindi anche i notai stessi non riescono a stabilire con certezza ed unanimità di pensiero – è capitato che le massime espresse dalle Commissioni di studio dei diversi Consigli notarili siano confliggenti fra loro ⁽¹³⁾ – ciò che è nullo e ciò che non lo è, figuriamoci se può essere in grado di farlo una macchina che non ha la sensibilità "umana" del giurista.

Fino ad arrivare alle ultime frontiere del *jus* "solo citato", cioè di un diritto che crea contratti non dettagliati ma solo abbozzati, nominati quasi in *obiter dicta* come se fossero esistenti, un diritto che necessariamente richiede e precede, dunque, una loro necessaria ricostruzione interpretativa. Ed è questo il caso del *trust* e del contratto di affidamento fiduciario della Legge "Dopo di noi" ⁽¹⁴⁾: il primo, viene per la prima volta nominato in una legge italiana dopo anni di applicazione solo attraverso il riconoscimento giurisprudenziale dell'istituto; ed il secondo, assurto a nuova fattispecie contrattuale con la mera citazione, ma nato dalla penna di un singolo autore, Maurizio Lupoi, che ha tradotto la sua idea di un lavoro monografico in un contratto ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Sul tema si v. quanto già affermai in *Gli atti e i verbali societari. Controlli e massime notarili*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2006.

⁽¹⁴⁾ Sull'introduzione nel nostro ordinamento di nuovi contratti attraverso la mera citazione in una disposizione normativa si v. quanto già dissi in *Legge sul "Dopo di noi" e separazione patrimoniale. Brevi note a margine di un convegno*, in *Vita not.*, 2016, 3, p. 1161 ss.

⁽¹⁵⁾ Si v. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

Tutte queste nuove forme sono destinate a rivestire una posizione sempre più centrale nel panorama generale e anche in questo campo le regole dei giuristi devono fermarsi al *soft law*, piuttosto che perdersi in disquisizioni approfondite ma spesso sterili – e i giuristi devono leccarsi le ferite – sulla novità di tipo di fonte del diritto: è ovvio che di fronte alla crisi del tipo, l'economia con la sua fantasia fa scorrere il diritto per rivoli diversi alla ricerca di modelli più che di tipi nuovi, modelli che passano e passano come nella moda.

Potremmo dire che la velocità delle trasformazioni e delle transazioni economiche non lascia tempo al divenire “tipo”. Dunque, restano semplici “modelli”.

E sono modelli che passano attraverso nuovi canali:

1) per il diritto tributario fiscale, e da ultimo si pensi al *leasing* immobiliare abitativo;

2) per la pubblicità immobiliare (e mobiliare) ma non solo ⁽¹⁶⁾, e si pensi al contratto preliminare (art. 2645 *bis* c.c.), alla cessione di cubatura (art. 2643, n. 2 *bis*, c.c.), ai patrimoni destinati con immobili (art. 2645 *ter* c.c.) ed al pignoramento per beni mobili (art. 2929 *bis* c.c.), ai vincoli pubblicistici (art. 2645 *quater* c.c.) ⁽¹⁷⁾ ed al *Rent to buy* (d.l. n. 133 del 2014, conv. in l. n. 164 del 2014) ⁽¹⁸⁾.

3) per il costante orientamento giurisprudenziale e dottrinale come dice da ormai un ventennio la Cassazione in modo autoreferenziale rendendo sistema quella nomofilachia e cioè quell'adeguamento dei giudici al

⁽¹⁶⁾ Più in generale sul tema dell'elasticità della trascrizione e sull'ampliamento normativo degli atti trascrivibili si v. il mio *La trascrizione immobiliare*, in *Trattato di diritto immobiliare*, a cura di Visintini, Padova, 2013, 2, p. 409 ss.; e PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, Napoli, 2009, p. 310 ss.

⁽¹⁷⁾ L'art. 2645 *quater* c.c. nasce dal dialogo con la giurisprudenza, ed in particolare sul punto appare fondamentale una pronuncia della C. Cost. del 4 dicembre 2009, n. 318, la quale ha come suo *leit motiv* il superamento del «dogma» della tassatività. Così RIZZI, *La trascrizione degli atti costitutivi di vincolo (art. 2645 quater c.c.)*, in *Atti del Convegno* tenutosi a Cortina, 13 febbraio 2013; e il mio *La pubblicità immobiliare di atti e convenzioni per servizi e vincoli di interesse pubblico: una norma di origine giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2015, 2, p. 155 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. quanto detto in D. DE STEFANO, F. DE STEFANO, STUCCHI e DE MARCHI, *Help to buy favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, in *Federnotizie*, novembre 2012, p. 41 ss.; FUSARO, *Rent to buy, Help to Buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi, in questa rivista*, 2014, 2, p. 419 e ss.; MATANO, *I nuovi modelli di contrattazione immobiliare a confronto con gli strumenti tradizionali*, nella relazione al Convegno «RENT TO BUY» *Le «nuove frontiere» della circolazione degli immobili*, Santa Maria Capua Vetere, 19 giugno 2014; e in ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque emptio tollit locatum?*, in *questa rivista*, 2015, 1, p. 12 ss.

precedente illustre che ha avuto in uso per decenni per adeguarsi alle pronunce delle giustizie superiori ⁽¹⁹⁾.

4) o addirittura, infine, – come sopra accennato – per la semplice citazione dell’istituto come ho detto per il caso del *trust* all’italiana nella legge Dopo di noi. Così, passando da un “tipo debole” – come già ricordato – definito “trans-tipo” ⁽²⁰⁾ (perché andrebbe oltre al concetto di tipo, per guardare ancora di più all’economia della realtà), siamo arrivati fino ad una totale assenza di un sottofondo di un tipo pur debole, anche solo socialmente in uso, così da far trasalire i giuristi e gli operatori più tradizionalisti.

E qui si è inserito anche l’*obiter dictum* di una recentissima pronuncia della Suprema Corte di Cassazione ⁽²¹⁾, che interpreta la convezione dell’Aja come disciplina di un tipo “*trust*”, meritevole di tutela. La Corte afferma, infatti, che «la valutazione (astratta) della meritevolezza di tutela è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore» dal momento che «la L. 16 ottobre 1989 n. 364 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a L’Aja il 1 luglio 1985), infatti, riconoscendo piena validità alla citata convenzione dell’Aja, ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento, se così si può dire, all’istituto in oggetto, per cui non è necessario che il giudice» compia un giudizio di meritevolezza caso per caso ai sensi dell’art. 1322 c.c. Una pronuncia importante, anche se la sopra detta motivazione sulla natura del *trust* e sulla sua valenza è un semplice *obiter dictum* e non invece *ratio decidendi*.

⁽¹⁹⁾ Sulle prime pronunce della Cassazione in tal senso si v. quanto già affermai in *La nullità inequivoca*, in *questa rivista*, 1998, 3.

⁽²⁰⁾ Come detto al precedente paragrafo 1, il contratto di rete è stato definito come una «figura transtipica», un incrocio tra contratto e organizzazione, consentaneo sia con i contratti associativi che con i contratti con comunione di scopo. Così CAFAGGI e IAMICELLI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?* in *Obbl. e contr.*, 7, 2009, p. 597 ss. Sulla natura transtipica dei contratti di rete si v. anche il dibattito apertosi in dottrina e richiamato in BRIGANTI, *La nuova legge sui “contratti di rete” tra imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2, 2010, p. 193 ss.; Si v. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell’impresa*, in *Obbligazioni e Contratti*, 5, 2009, p. 391; CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contr.*, 2009, 10, p. 933; CAFAGGI, *Il contratto di rete ed il diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2009, 10, p. 919, in cui si sottolinea come la rete rappresenterebbe uno schema generale per lo svolgimento di attività che si potrebbero concretare anche attraverso l’ausilio di schemi contrattuali già disponibili nell’ordinamento, ma che nel contesto del contratto di rete potrebbero essere meglio disciplinati eliminando inutili rigori.

⁽²¹⁾ Si v. Cass., sez. III, 19 aprile 2018, n. 9637.

3. – *Un nuovo jus conditum ed un diverso jus condendum*

È già passata l'età di mezzo. Ci troviamo già i prodotti del nostro nuovo modo di “legiferare” interpretando.

Istituti che nascono senza il vaglio della doppia conforme o almeno del provvedimento di urgenza convertito. Un disordine metodologico su cui non pare ci sia stata una riflessione da un punto di vista ordinamentale.

Nuove leggi, nuovi metodi ed anche il solo nominare, significa già far entrare nell'ordinamento un nuovo modello, magari sotto forma di modello e basta, con criteri guida piuttosto che con vincoli, fino al tema recente della causa in concreto ⁽²²⁾, che da sempre richiede l'intervento del giurista perché non si inserisca qualche elemento di illiceità o contrarietà all'ordine pubblico fra le pieghe dei modelli stessi, degli *standards* e dei contratti che entrano nel nostro sistema (anche attraverso appunto i *legal standards*).

E c'è da chiedersi: se faccio un trust fuori dal “Dopo di noi” e quindi senza agevolazioni fiscali – ma intanto lo faccio – quale sarà la conseguenza? La perdita delle agevolazioni o anche piuttosto l'inesistenza del modello fuori dal fiscalmente agevolato? *L'obiter dictum* della Cassazione più volte citato sembrerebbe consentirlo.

Ma se non è così quale sarà la sanzione per il notaio che stipula fuori dagli schemi ponendosi, così, in un'ottica rolandiniana di creatore di formule?

Nullità (artt. 28, 138 e 138 *bis* l. not.), altre forme di invalidità (art. 136 l. not.), o mera inefficacia dell'atto?

A questo punto non si potrà prescindere da un'analisi della causa in concreto dell'atto per verificarne la meritevolezza degli interessi. Ovvio che se la causa dovesse risultare illecita ci troveremmo nel campo di applicazione dell'art. 1418 c.c., ma anche se il contratto fosse privo di una causa in concreto, non superando il vaglio della meritevolezza, ci troveremmo nel campo della nullità.

(22) La giurisprudenza di legittimità si è occupata più volte del concetto di causa concreta, *ex multis* si v. Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Riv. Notariato*, 2007, 1, 180, con nota di UNGARI TRANSATTI, 2007, I, p. 184; Cass., 12 novembre 2009 n. 23941, in *Guida al diritto*, 2009; Cass., 1° aprile 2011, n. 7557, in *Guida al diritto*, 2011, 23, 72; e Cass., 28 ottobre 2011, n. 22518, in *Diritto & Giustizia*, 2011; da ultimo Cass., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Guida al diritto*, 2018, 43 con nota di MARTINI, la quale ha statuito, in tema di clausole “*on claims made basis*”, che queste sono ormai riconducibili al “tipo” dell'assicurazione contro i danni. Sul tema cfr. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, in *Le monografie di contratto e impresa*, diretta da Galgano, Padova, 2008, p. 111.

Ma un contratto stipulato fuori dai tipi, fuori dai modelli, potremmo dire un contratto nato dalla testa di Giove notaio, pur superando il vaglio della meritevolezza, potrebbe anche portare ad una (pur minore) responsabilità deontologica *ex art.* 136 l. not. qualora fosse inefficace e fosse comunque un contratto reiterato dal notaio rogante.

Il tipo, formato da norme inderogabili, è sicuramente legato a doppio filo con il disciplinare; mentre il modello potrebbe, forse, legarsi al deontologico.

Noi giuristi dei contratti e dell'economia dobbiamo comunque ora occuparci degli strumenti più diversi, di un susseguirsi di fonti che sempre di più, in un modo non regolato, si sovrappongono le une alle altre, facendo perfino parlare di "contratto alieno" ⁽²³⁾ come piombato dallo spazio attraverso l'ingresso da altri ordinamenti con il meccanismo della globalizzazione, della *sharing economy* e del *civil law* che si modifica per il sempre maggiore ingresso di *common law*.

La nuova *lex mercatoria*, cioè «quel diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati» ⁽²⁴⁾, i Principi *Unidroit* nati nel 1994 e poi revisionati nel 2004 che creano una uniformità di disciplina dei traffici commerciali nonché un clima di fiducia per gli operatori che tengano «un comportamento conforme alle elementari regole di correttezza atte a "moralizzare" i mercati» ⁽²⁵⁾, e oggi il *Feasibility Study* ⁽²⁶⁾ nato dal precedente *Draft Common Frame of Reference* molto più snello ed intellegibile che si occupa dei contratti traslativi di beni mobili fra professionisti e consumatori, formano una nuova frontiera per il nostro diritto.

Il rapporto fra fonti non deve scandalizzare nessuno, non siamo nuovi nel nostro codice civile a queste interpolazioni. E si pensi al diritto sindacale che si rapporta a grandi linee ad una sola legge e tutto il resto è regolato dagli accordi: accordi quadro, accordi normativi e influenza senza

⁽²³⁾ Si v. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010; e ancora ID., *Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.

⁽²⁴⁾ Così GALGANO e MARELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2007, p. 243.

⁽²⁵⁾ Così ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006, p. 548.

⁽²⁶⁾ Cfr. ALPA, *Il diritto contrattuale comunitario: un cantiere aperto*, relazione tenuta al Seminario *Il "Feasibility Study" e la prospettiva di uno strumento opzionale sul diritto europeo dei contratti*, Roma, 9 settembre 2011.

il tipo forte della legge supportata dall'arma estrema dell'autonomia: lo sciopero.

E ancora, si pensi oggi anche al "contatto sociale" assurto (o meglio, proposto) come una nuova fonte delle obbligazioni ⁽²⁷⁾. In alcuni recenti interventi si è parlato proprio del contatto sociale come di una nuova forma di responsabilità civile che prescinde dall'esistenza di un contratto inteso nel senso stretto del termine, laddove tra il danneggiato ed il danneggiante sussista una particolare relazione sociale tale da ingenerare un legittimo affidamento e considerato dall'ordinamento giuridico come idoneo a determinare specifici doveri comportamentali non riconducibili al dovere generico di non ledere l'altrui sfera giuridica dell'art. 2043 c.c.

Secondo parte della dottrina e la giurisprudenza, il contatto sociale qualificato deve essere annoverato tra gli atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico *ex art. 1173 c.c.* e il tema dalla fase delle trattative/contatto è un tema che potrebbe coinvolgere l'opera del notaio. Ne consegue che anche la violazione di obbligazioni specifiche che trovano la loro fonte (non già in un contratto ma piuttosto) nel contatto sociale qualificato determina una responsabilità di tipo contrattuale. E i contatti si svolgono negli studi professionali o attraverso gli stessi.

4. – *Il controllo. Il notaio ed il suo disciplinare nel quadro delle nuove fonti*

Di questo nuovo quadro delle fonti si è discusso di recente anche in varie occasioni convegnistiche fra civilisti, e si sono distinte due diverse posizioni, e cioè quella di coloro che tengono i cc.dd. "formanti" come elementi staccati che contribuiscono alla nascita di nuovi istituti, e invece quella di coloro che ritengono che l'economia copra già tutto il possibile della multiformità delle variabili e noi giuristi ritagliamo dei tipi il più possibile giuridificati fra i più frequentemente utilizzati che abbiano bisogno di regole, di confini e di rinforzi.

Capisco, emerge una forma di disagio. Il giurista senza rete (come al circo, rete nel senso materiale del termine, la paura del vuoto senza una possibilità di essere ripescati)! Ma è il mondo globalizzato che ci costringe a lavorare in queste condizioni.

⁽²⁷⁾ Sul punto si v. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011.

La giurisprudenza – come ho detto inequivoca – si è trovata ad intervenire con pronunce a Sezioni Unite sul diritto che nasce dalla giurisprudenza stessa, e dal loro canto le categorie dei professionisti vengono supportate da studi degli uffici delle stesse ben organizzati a livello scientifico-informativo sul piano nazionale: centri studi che sorreggono nelle scelte oscure.

Cosicché il passo dalla detipizzazione alla delegificazione è davvero breve. Si trovano sempre più strumenti alternativi e multidisciplinari per la risoluzione dei conflitti.

Ed ecco che anche i notai potrebbero e dovrebbero assumere in questa “nuova età del diritto” un nuovo ruolo di interpreti, un ruolo che in realtà non è per loro del tutto nuovo, ma che richiama gli albori di questa professione quando il notaio rivestiva anche un ruolo di creatore di formule.

Il notaio, sin dalle origini delle formule cioè il notaio post Rolandino dei contratti – e fino alla crisi del tipo legale, o meglio della trasformazione dello stesso tipo all’interno del quale si potrà offrire quell’adattamento o “adeguamento” che è il termine più appropriato, che si è sempre posto come risolutore del caso concreto in quell’ottica di prevenzione dei conflitti che è un valore aggiunto importante ⁽²⁸⁾.

Si può parlare di fonti legali o formule contrattuali, fino ad arrivare ad un tipo che è sempre meno “legale” e sempre più connesso alla utilizzazione di rilevanza sociale. All’uso concreto che se ne fa nei contratti ogni giorno stipulati e poi registrati.

Giungendo sino al punto estremo in cui possa affermarsi che forse il “tipo” sono le formule notarili, gli strumenti giuridici inventati o adottati dai notai stessi.

Potremmo dire, “con un ritorno alle origini”. Corsi e ricorsi storici.

In fondo lo stesso Rolandino, che esportava le sue formule in Europa, è stato il primo esempio di globalizzazione del diritto: le formule circolando si rafforzavano nella loro forza non cogente ma persuasiva, potremmo dire.

Tutto ciò porta necessariamente ad un ripensamento del ruolo del notaio, che non deve restare legato al passato, ma che deve muoversi – come ha sempre fatto nella sua evoluzione storica che ho ripercorso in

⁽²⁸⁾ E sul ruolo del notaio come creatore di formule si v. già quanto sostenni in *DDL Concorrenza: Il Notaio fra Stato e mercato*, in *Notariato*, 2015, 3; ed in *Id.*, *Il Notaio fra regole dello Stato e regole del mercato*, in *Vita not.*, 2015, 1.

alcuni precedenti lavori – anticipando i tempi e mostrandosi pronto a cavalcare il cambiamento.

Il notaio diventa guida dei nuovi contratti, soprattutto in un momento storico, come quello attuale, in cui i contratti sono fuori dagli schemi tipici, sono ibridi o addirittura solo accennati, o tipizzati solo per gruppi, dove si forniscono normativamente solo alcuni – veramente pochi in realtà – elementi di base lasciando alle parti piena autonomia nel cucirsi l’abito su misura per le loro esigenze specifiche.

Il notaio deve, quindi, tornare ad essere quello che era *ab origine*: un intermediario fra la volontà delle parti che a lui si sono rivolte e gli obblighi ed i doveri imposti dallo Stato, sempre meno Stato centrale sempre più Stato globalizzato, come nel periodo medievale in cui il contratto prendeva la propria forza dalla stessa *auctoritas* del notaio.

Se si tolgono le regole inderogabili di diritto, pattina un po’ tutto sul ghiaccio. E allora c’è bisogno di creare delle nuove certezze, delle massime interpretative, in un momento in cui la inequivocità della nullità si fa sempre più principio dell’ordinamento. E l’Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato come le commissioni dei diversi Consigli, producono diritto attraverso le massime societarie e le interpretazioni dei nuovi contratti (si pensi allo studio del CNN n. 3-2017/C sul *trust* sconvolgentemente adesivo a una visione di ingresso ordinamentale del trust nel nostro sistema).

La nullità inequivoca che dalle sue origini sul finire degli anni 90 è arrivata a noi costante ma cambiata nei suoi lineamenti, maturata nelle pronunce della Suprema Corte ⁽²⁹⁾. Fino all’ultima veste con la sentenza n. 15892/2011 con cui i giudici di legittimità statuiscono che “a fini di nomofilachia” si deve intendere come inequivoca quella nullità dichiarata da una pronuncia della cassazione ed ai fini disciplinari notarili le norme si assumeranno come violate successivamente al decorso di un termine ragionevole dalla pubblicazione della detta decisione.

Tempus regit actum dall’affermazione della massima. Una sorta di *vacatio* (non *legis* ma) interpretativa.

E con le parole di Samuel Beckett potremmo quasi dire “*Waiting for Cassazione*”.

⁽²⁹⁾ La prima sentenza della Suprema Corte che affronta il tema della nullità inequivoca è stata Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, con nota di Briganti, in *Notariato*, 1998, 7 ss.; per una disamina delle prime pronunce si v. ZANELLI, *La nullità inequivoca*, in *questa rivista*, 1998, 3.

Si tratta delle c.d. nullità virtuali in quanto la legge non individua un “tipo” ma rimanda alle norme imperative violate, e ogni tanto viene creata a livello interpretativo qualche nuova nullità come per il caso della nullità dei mutui che potremmo chiamare “eccedentari”. Una recentissima statuizione della Suprema Corte di Cassazione del 13 luglio 2017, la n. 17352, che ha affermato il principio della nullità dei mutui fondiari che non rispettino il parametro dell’80% della finanziabilità in base al valore dell’immobile dato in garanzia.

Il tema affrontato dalla Corte di legittimità è quello della distinzione tra le norme imperative di validità e le norme imperative di condotta seppure muovendo non dall’esame di disposizioni poste a tutela del cliente-contraente debole, bensì dall’analisi di regole finalizzate a garantire il funzionamento delle banche e a salvaguardare quella che tradizionalmente è considerata la parte “forte” del rapporto. La violazione di norme aventi natura imperativa non sempre conduce alla caducazione dell’intero rapporto, dal momento che spesso la nullità si presenta come il rimedio contrattuale meno idoneo a garantire la piena realizzazione della regola disattesa; pertanto deve essere esclusa la nullità del contratto ove l’effettività della norma può essere meglio assicurata da strumenti diversi.

E va da sé che ognuno di noi farà i suoi calcoli con rigore o meno di questo processo interpretativo ed applicativo che parte dagli organismi deputati alla irrogazione delle sanzioni ai notai e cioè dalle Commissioni Regionali di Disciplina (Co.re.di.).

Il richiamo è a un mio precedente lavoro all’indomani della riforma societaria Vietti degli anni 2003/2004 ⁽³⁰⁾ di cui ho detto sopra. Una riforma tutta incentrata sull’autonomia contrattuale dei soci, che spostò l’ago della bilancia dalla società/istituzione alla società/contratto, ma che creò un po’ di “disagio” ai notai nuovi omologatori delle società a partire dalla l. n. 240 del 2000.

Ecco, in quella occasione feci una distinzione fra le nullità codicistiche facilmente reperibili nell’art. 1418 c.c. e le nullità collocate negli altri articoli del nostro codice civile; le nullità del tipo e, nel caso di specie, del tipo societario dettate dal legislatore nelle norme del codice dedicate ai singoli tipi di società; ed infine le nullità virtuali, criptiche, che l’interprete deve ricercare nei principi generali dell’ordinamento come inderogabili, di

⁽³⁰⁾ Sulla riforma societaria si v. GALGANO e ZANELLI, *Società per azioni* (artt. 2328-2329-2330-2331), in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna, 2006; ed in particolare sulla nuova massimazione notarile che tenta di riportare un po’ di chiarezza in materia di controlli omologatori, si v. quanto già citato alla precedente nt. 13.

applicazione necessaria, ma che siano inequivoche per costante orientamento giurisprudenziale e dottrinale.

5. – *Il notaio artefice della modularità del diritto attraverso il contratto. Una definizione: il “contratto di sistema”*

In questo nuovo quadro delle fonti del diritto potrebbe inserirsi anche un nuovo modo di fare contratti.

Non voglio allargarmi al campo filosofico del contratto, ma è già in uso da tempo nel nostro ordinamento l’abitudine di affidare grosse parti del diritto alla logica del contratto: si pensi, in origine, ai contratti collettivi nel diritto del lavoro.

Ma anche alla riforma “Vietti” del diritto societario, in base alla quale gli atti ed i verbali societari possono essere iscritti nei registri delle imprese solo previo vaglio di conformità da parte dei notai, sulla base di principi interpretativi stratificatisi nel tempo con le massime societarie.

E allora perché non trasferire anche altri temi (dalle *Holding* alle partecipate, ai temi del diritto civile e commerciale) alla logica privato/pubblica dell’accordo privatistico con i soggetti in campo.

Parlare di contratto è sempre più frequente anche in politica – come leggiamo ormai quotidianamente – ma non è sbagliato: solo che la politica, come il sindacato, non conosce la regola *pacta sunt servanda*.

Pertanto, senza arrivare ad una funzionalizzazione, che giunge generalmente ad essere ispirata dall’interesse superiore della produzione nazionale, di corporativa memoria, qui più modernamente si potrebbe forse pensare ad uno scopo del tipo incremento della competitività e dello sviluppo delle imprese mirato al dialogo ed al sistema economico globale ed alla moltiplicazione o anche solo incremento virtuoso delle occasioni di scambio.

Gli esempi della nostra storia politico-economico-sindacale sono gli accordi quadro, le parti politiche dei contratti collettivi, delle dichiarazioni di intenti, le lettere di *patronages* ⁽³¹⁾ che hanno l’effetto di moltiplicare e allargare le sedi di contrattazione.

E, però, come dicevo, la coercibilità, il sostegno giuridico va cercato *alivunde*: con conseguenze risarcitorie e di perdita di opportunità, di *chances*, in un quadro reticolare: un quadro che è il sistema.

⁽³¹⁾ Sul tema si v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, vol. 2, tomo II, p. 287 ss.

E questo quadro reticolare può essere auto sostenuto da conseguenze di questo tipo.

Un complesso di relazioni lavorative industriali produttive con l'effetto anche composto, e cioè ulteriore – potremmo dire moltiplicatore – dei contatti, dei patti e delle possibili direzioni di sviluppo nell'ottica del raggiungimento di una complessiva competitività e sviluppo dell'intero sistema economico. E sorretto da conseguenze estrinseche che si pongono, cioè, in modo decontestualizzato al di fuori del sistema.

Senza violare le regole dell'*antitrust* sulle concentrazioni di imprese, perché questo nuovo contratto sarebbe privo di vincoli associativi, ma sospinto da un sentimento/causa di appartenenza al "sistema". Come una sorta di "impresa di tendenza", non politica ma "di sistema" appunto: far parte integrante del sistema e non essere né fuori né contro il sistema stesso.

Ma qui mi fermo. Non con una massima, certamente, ma solo con un avvertimento conclusivo.

In tempi in cui tutto è sempre più contratto e meno legge, più *soft law* e meno norme inderogabili, quindi anche meno sanzioni, ovvero piuttosto sanzioni che diventano solo deontologiche e non più disciplinari, o addirittura solo perdita di *chances* ed opportunità economiche (di sistema) bisogna, però, stare attenti che non diventi tutto meno competenza dei professionisti del diritto (notai, avvocati e giudici) a scapito di una espansione e avvicendamento delle competenze di altri professionisti ed operatori dell'economia o della sola politica.

PIETRO ZANELLI

Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell’interessato tra autorizzazione e contratto

1. – *La questione dello “scambio di dati personali” tra consenso dell’interessato al trattamento e contratto di fornitura di servizi digitali senza corrispettivo in denaro*

Con una pronuncia di pochi mesi orsono, il Supremo Collegio ha chiarito che, in linea di principio,

«l’ordinamento non vieta lo scambio di dati personali, ma esige tuttavia che tale scambio sia il frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato» (Cass., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, par. 2.5 delle motivazioni, in *De jure* e in *Foro it., online*, massimata in *Corriere giur.*, 2018, 11, p. 1459 e in *Nuova giur. civ.*, 2018, 12, p. 1775, con nota di ZANOVELLO).

L’affermazione è di estrema rilevanza, in quanto, a ben guardare, è contenuta in una sentenza in cui si ribadisce non già la necessità del consenso al trattamento nel caso in cui si abbia a che fare con finalità di carattere promozionale o pubblicitarie (come invece sembra rilevare ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle email promozionali*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 12, p. 1775 ss.), ma la necessità del consenso dell’interessato, distinto dal consenso contrattuale, nel caso di operazioni giuridico-economiche connotate dal c.d. «scambio di dati personali», ovvero dalla previsione di una controprestazione consistente nel conferimento di dati personali dell’interessato, senza corrispettivo in denaro, a fronte della erogazione di servizi per via telematica (su cui si veda il recente contributo di G. RESTA e ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 2, p. 411 ss.), seppur entro determinati limiti dati dalla necessità di salvaguardare le caratteristiche del consenso *in subjecta materia*, che deve essere libero, specifico, informato ed inequivocabile. Tra l’altro, si noti, ai sensi del reg. (UE) n 2016/679, c.d. GDPR, è ora espressamente ammessa una condizione di liceità alternativa al consenso dell’interessato per finalità di *marketing* diretto, come si premura di precisare la parte finale del *considerando* n. 47, che richiama a tal proposito, come base giuridica del trattamento di dati non appartenenti a categorie particolari, l’interesse legittimo (innovando profondamente rispetto alla disciplina previgente):

«Può essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di *marketing* diretto» (*considerando* n 47, reg. cit.).

La pronuncia sopra citata è stata resa in una fattispecie nell'ambito della quale il fornitore di un servizio di *newsletter* su tematiche legate a finanza, fisco, diritto e lavoro, aveva subordinato l'erogazione del servizio medesimo al consenso espresso al trattamento dei dati personali anche per finalità di invio di comunicazioni promozionali e pubblicitarie da parte del titolare del trattamento o di soggetti terzi, ottenendo così una remuneratività per il servizio offerto agli utenti, senza alcuna richiesta di corrispettivo in denaro; per il consenso richiesto, tuttavia, veniva resa disponibile un' informativa accessibile mediante un *link* ad altra pagina, nella quale non erano precisate le modalità di trattamento, né, in particolare, a quali settori merceologici avrebbero fatto riferimento le comunicazioni commerciali inviate in reazione alla sottoscrizione della *newsletter*, con il consenso dell'interessato.

Mi pare che, al di là della questione relativa alle modalità ed alle caratteristiche del consenso (ovverosia quando lo stesso possa dirsi lecitamente acquisito da parte del titolare del trattamento con riguardo ai connotati di libertà e specificità, connessi all'assolvimento corretto degli obblighi informativi), la sentenza della Suprema Corte si mostra in tutta la sua portata per essere intervenuta per la prima volta in materia di "*scambio di dati personali*", crocevia tra contratto e trattamento dei dati personali, tema particolarmente delicato negli assetti giuridico-economici attuali, in quanto va a delineare un equilibrio tra la tutela della persona e le esigenze del mercato in un settore nevralgico dell'economia mondiale.

La pronuncia interviene nell'ambito di un tema che è oggetto di un dibattito, mai sopito, sulla natura del consenso al trattamento dei dati personali (per una ricostruzione di tale dibattito e per la sua attualizzazione alla nuova disciplina in materia di protezione dei dati personali che per esigenze di economia del discorso non è possibile ripercorrere in queste pagine, si veda, recentemente, BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018, *passim* e, *ivi*, spc. p. 5 ss. e 10 ss.), sulla natura dei dati personali e sulla loro negoziabilità, nonché sulla rilevanza giuridica del "mercato" dei dati personali (v., a tal riguardo, RICCIUTO, *Nuove prospettive del diritto privato dell'economia*, in PICOZZA e RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, 2^a ed., Torino, 2017, p. 345 ss., con particolare riferimento al par. 8, intitolato «*L'economia della privacy. Circolazione dei dati personali e mercato*», nonché CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *questa rivista*, 2018, 3, p. 1088 ss. e, *ivi*, spc. par. 3 sul «*mercato dei dati*»), che proprio nella logica dello scambio ha il suo presupposto di funzionamento (per una disamina negli

attuali contesti tecnologici cfr. G. RESTA e ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., p. 411 ss.).

Com'è noto, le posizioni della dottrina si muovono a ventaglio tra le tesi che propendono per il modello proprietario e logiche dispositive (si veda a tal riguardo, sul piano internazionale, la ricostruzione del dibattito offerta da LITMAN, *Information Privacy/Information Property*, in SSRN, *Scholarly Paper* n. ID 218274, Rochester, NY, 2000), da un lato, e quelle invece riconducibili al modello personalistico, che fanno leva sulle caratteristiche di indisponibilità dei diritti fondamentali della persona, a cui anche il diritto alla protezione dei dati personali appartiene, per tracciare un netto limite alla commerciabilità del dato [RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 82, ove rimarca l'inadeguatezza dell'impostazione che pretende di considerare la disciplina della circolazione delle informazioni unicamente nella dimensione proprietaria, trattando delle informazioni come di proprietà esclusiva dell'interessato, che può liberamente negoziarne la cessione; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss.; ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *questa rivista*, 2017, 3, p. 727, il quale, sulla normativa europea in materia di protezione dei dati personali ammonisce che «Non è (...) accettabile l'idea che la persona eserciti un diritto di proprietà sui propri dati e ne possa disporre liberamente»].

La spinta del mercato sui dati personali si fa tuttavia sempre più pressante e richiede ulteriori interventi di riflessione. L'evidente ruolo assunto dai dati personali nel mercato e la loro dilagante commercializzazione, prontamente segnalati dalla dottrina (RICCIUTO, *op. cit.*, p. 357; RESTA e ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, *passim*) sono stati presi in esame in maniera esplicita anche dalle istituzioni europee: ve n'è traccia nell'art. 3, par. 1, della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale del 9 dicembre 2015 [COM (2015)634 final], ove si prevede che la disciplina ivi delineata si applichi

«ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una *controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato*».

Tale articolo è supportato dai *considerando* n. 13 e 14, ove si chiarisce che

«(13) Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati. Tali specifici modelli commerciali si applicano in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Introdurre una differenziazione a seconda della natura della controprestazione significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l'offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati. Vanno garantite condizioni di parità eque. Inoltre, è possibile che una cattiva prestazione del contenuto digitale fornito in cambio di una controprestazione non pecuniaria abbia ripercussioni sugli interessi economici dei consumatori. L'applicabilità delle disposizioni della presente direttiva non dovrebbe pertanto dipendere dal pagamento o meno di un prezzo per il contenuto digitale in questione.

(14) Per quanto riguarda la fornitura di contenuto digitale non in cambio del pagamento di un prezzo ma di una controprestazione non pecuniaria, la presente direttiva dovrebbe applicarsi solo ai contratti in cui il fornitore richiede dati, quali il nome e l'indirizzo e-mail o foto e il consumatore glieli fornisce attivamente, in modo diretto o indiretto, ad esempio attraverso una procedura di registrazione individuale o sulla base di un contratto che consente l'accesso alle fotografie dei consumatori. La presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il fornitore raccoglie i dati necessari affinché il contenuto digitale funzioni in conformità al contratto, ad esempio la localizzazione geografica se tale dato è necessario per il corretto funzionamento di un'applicazione mobile, o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge, ad esempio nei casi in cui la registrazione del consumatore è obbligatoria ai fini di sicurezza e di identificazione. La presente direttiva non dovrebbe nemmeno applicarsi a situazioni in cui il fornitore raccoglie le informazioni, compresi i dati personali, quali l'indirizzo IP, o altre informazioni generate automaticamente, ad esempio le informazioni raccolte e trasmesse mediante un *cookie*, senza che il consumatore le fornisca attivamente, anche se accetta il *cookie*. Inoltre non dovrebbe essere applicata alle situazioni in cui il consumatore è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti digitali».

Il fenomeno registra una zona di intersezione tra protezione dei dati personali e contratto, evidente anche dalla possibile interconnessione e/o sovrapposizione riscontrabile tra le due condizioni di liceità distinte ed equivalenti indicate all'art. 6, par. 1, lett. *a)* e *b)* del reg. UE n. 2016/679, rispettivamente dedicate al consenso dell'interessato e alla necessità di eseguire un contratto o misure precontrattuali. Del resto, la menzionata

proposta di direttiva non esita a ribadire che l'attuazione e l'applicazione della disciplina ivi enunciata deve pur sempre avvenire nel pieno rispetto delle disposizioni normative vigenti in materia di protezione dei dati personali, «che sono pienamente applicabili nell'ambito dei contratti di fornitura di contenuto digitale» (*considerando* n. 22, proposta di direttiva cit.).

Proprio sul crocevia tra protezione dei dati personali e contratti aventi ad oggetto fornitura di servizi telematici aventi come controprestazione i dati personali dell'interessato in luogo del corrispettivo in denaro, si collocano le riflessioni che seguono. In particolare, nel presente lavoro ci si propone di analizzare natura, operatività e limiti del *consenso* reso dall'interessato nelle operazioni di “*scambio di dati personali*”, osservando il fenomeno attraverso la disamina delle condizioni di liceità del trattamento e del loro reciproco atteggiarsi, dialogando con la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione. Specifica attenzione si pone anche al problema relativo a quale condizione di liceità occorra riferirsi nelle operazioni contrattuali di “scambio di dati” – con precipuo riguardo a quelle previste distintamente alle lett. *a*) e *b*) dell'art. 6, reg. (UE) n. 2016/679 – e se sia invocabile o meno la revoca del consenso, con evidenti ripercussioni sull'efficacia del contratto di scambio.

2. – Consenso dell'interessato e contratto (nei cui confronti il trattamento di dati personali si renda necessario) quali distinte ed autonome condizioni di liceità, in funzione selettiva degli interessi rilevanti

Ai fini del discorso che si sta conducendo, mi pare importante richiamare preliminarmente l'attenzione sul significato che, nel nuovo impianto normativo, assumono le condizioni di liceità del trattamento, alla cui categoria è ascrivibile il consenso al trattamento di dati personali.

Queste ultime vengono usate dal legislatore europeo per indicare una serie di criteri di selezione degli interessi che l'ordinamento ha voluto privilegiare nelle dinamiche di bilanciamento tra contrapposte o concorrenti esigenze che entrano in rilievo in una fattispecie di trattamento di dati personali (cfr., sul punto, BRAVO, *Il “diritto” al trattamento di dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 107 ss.).

Talvolta il legislatore ha voluto selezionare aprioristicamente l'interesse prevalente, escludendo un'ingerenza da parte dell'interessato o del titolare del trattamento (si pensi al caso di trattamenti posti in essere per la necessità di salvaguardare interessi vitali dell'interessato o di terzi, nonché al caso di trattamenti posti in essere per adempiere ad un obbligo di legge o, ancora, per l'assolvimento di un compito di interesse pubblico, deter-

minato da altre norme dell'ordinamento europeo o nazionale, o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento) [art. 6, par. 1, lett. *d*) ed *e*), reg. (UE) n. 2016/679].

Altre volte, invece, la disciplina in materia di protezione dei dati personali pone a carico del titolare del trattamento il compito di selezionare quale sia l'interesse concretamente prevalente nella fattispecie di trattamento: si pensi alla nuova formulazione della disciplina in materia di legittimo interesse, che consente al titolare del trattamento, sulla base del principio di *accountability* (su cui cfr., in particolare, FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di Finocchiaro, Bologna, 2017, p. 12 ss. e spt., *ivi*, p. 14), di effettuare i trattamenti di dati personali che soddisfino un interesse proprio o di terzi, a condizione che non prevalgano interessi, diritti o libertà fondamentali dell'interessato medesimo [art. 6, par. 1, lett. *f*), reg. cit. Qui, a differenza di quanto previsto dalla normativa previgente – che richiedeva una preventiva pronuncia del Garante al fine di accertare la sussistenza e la prevalenza del legittimo interesse –, la valutazione è condotta direttamente dal titolare medesimo].

In altri casi il legislatore europeo affida la selezione degli interessi prevalenti in tema di protezione dei dati personali ad una valutazione congiunta del titolare e dell'interessato: ciò si verifica qualora il trattamento di dati personali – diversi da quelli appartenenti a categorie particolari di cui all'art. 9 del reg. UE 2016/679 – risulti necessario per l'esecuzione di un contratto intercorrente tra tali soggetti o qualora sia necessario per adempiere a «misure precontrattuali» richieste dall'interessato medesimo [art. 6, par. 1, lett. *b*), reg. cit.].

Emerge, dalla prospettazione dianzi enucleata, un primo tassello significativo del nostro ragionamento: il consenso in materia di protezione dei dati personali e il (consenso dato per la conclusione del) contratto la cui esecuzione comporti la necessità del trattamento di dati personali sono due condizioni distinte di liceità del trattamento, non sovrapponibili, in quanto volte a soddisfare esigenze diverse, di autodeterminazione informativa affidata alle scelte dell'interessato, la prima, e di realizzazione degli interessi congiuntamente stabiliti dal titolare e dall'interessato nell'ambito delle dinamiche contrattuali, la seconda.

Il presupposto di liceità di cui all'art. 6, par. 1 lett. *b*), reg. cit., si noti, non può essere considerato come un'ipotesi di consenso presunto al trattamento dei dati personali. Basti pensare, infatti, che l'autonoma espressione di consenso al trattamento, anche in presenza di un contratto, è

comunque necessaria, ad esempio, qualora riguardi dati appartenenti a categorie particolari di cui all'art 9 reg. cit., per i quali il consenso contrattuale, concettualmente distinto, non è ritenuto sufficiente a costituire un fondamento legittimo per il trattamento [arg. ex art. 6, par. 1, lett. b), reg. cit., reso in tema di dati comuni, che non ha un'analoga previsione nell'art. 9, par. 2, reg. cit., reso in tema di dati appartenenti a categorie particolari].

La stessa sentenza della Cassazione n. 17278 del 2018, sopra citata, nel caso di contratto di fornitura di servizio informativo digitale, tramite *newsletter*, avente come controprestazione i dati dell'interessato da trattare per l'invio di messaggi pubblicitari anche di soggetti terzi, ha richiesto espressamente non solo il consenso alla conclusione del contratto, ma anche la necessità del distinto consenso al trattamento di dati personali, avente caratteristiche diverse da quello fornito a fini contrattuali.

3. – *Definizione normativa di “consenso dell’interessato” e suo inquadramento giuridico, tra atto unilaterale di autorizzazione “integrativa” e contratto*

Il rapporto tra consenso al trattamento e contratto va indagato partendo innanzitutto dalla definizione di consenso dell'interessato, contenuta all'art. 4, par. 1, n. 11), reg. cit., ove si precisa, innanzitutto, che con tale espressione deve intendersi

«qualsiasi *manifestazione di volontà* libera, specifica, informata ed inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento».

La definizione in esame si ricollega con quanto enunciato nel *considerando* n. 32, il cui *incipit* testualmente afferma che

«Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un *atto dispositivo* inequivocabile (...) con il quale l'interessato manifesta l'intenzione di *accettare* il trattamento dei dati personali che lo riguardano (...)».

Tale assetto definitorio – ed in particolare il riferimento congiunto alla manifestazione di volontà, all'accettazione ed all'atto dispositivo – potrebbe suggerire l'idea che con il consenso al trattamento dei dati personali l'interessato vada di per sé a concludere un accordo di natura contrattuale con il titolare del trattamento, a prescindere da eventuali altre pattuizioni contrattuali collegate al trattamento medesimo.

Siffatta ricostruzione, tuttavia, non mi risulta pienamente convincente, avendo riguardo ad una ricostruzione di sistema, per una serie di ragioni, tra le quali possono sinteticamente considerarsi le seguenti.

A parte l'impostazione teorica di riferimento, dibattuta in dottrina, sulle conseguenze derivanti dall'inquadramento del diritto alla protezione dei dati personali tra i diritti della personalità [cfr., ad esempio, il dibattito tra D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., p. 339 ss., e ZENO ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1990, spc. par. 13 e ID., *Sull'informazione come "bene" (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 485 ss.] va considerato che il titolare del trattamento ha la propria legittimazione a trattare dati personali non già nel potere conferito da un soggetto privato, a cui i dati si riferiscono, ma, si noti, da situazioni giuridiche o poteri autoritativi che l'ordinamento accorda al titolare del trattamento in forza di altri presupposti, riconducibili concettualmente nella categoria ampia della "libertà di circolazione" (intesa in senso lato), la quale, nel caso concreto, si specifica di volta in volta – ad esempio – nell'autonomia privata, nella libertà di impresa, nella libertà di espressione o, in ambito pubblicistico, nel poteri autoritativi accordati per il perseguimento di interessi pubblici (sul punto si rimanda, *amplius*, a BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 137 ss.).

Al titolare del trattamento, infatti, l'ordinamento giuridico riconosce il potere di determinare le finalità del trattamento, le modalità, i mezzi, nonché l'ambito di circolazione dei dati, entro il perimetro delineato dalla normativa europea e nazionale e tale potere sorge in capo al titolare in via autonoma, in funzione di interessi privatistici o pubblicistici che l'ordinamento considera meritevoli di essere perseguiti, nel loro bilanciamento con esigenze concorrenti o contrapposte.

Sicché, al fine di operare detto bilanciamento di interessi, l'ordinamento europeo, prima con la dir. 95/46/CE e ora con il reg. (UE) n. 2016/679 – anche in base a quanto statuito nell'art. 8, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE –, ha richiesto la necessità di un "fondamento" legittimo che operasse come condizione di liceità del trattamento medesimo. La sussistenza di tale "fondamento" produce un effetto espansivo nei confronti del diritto o del potere che il titolare ricava già autonomamente dall'ordinamento e che è temporaneamente "sospeso" nell'attesa di un vaglio sulla meritevolezza degli interessi perseguiti e sul loro bilanciamento con quelli, concorrenti o contrapposti, di cui è portatore l'interessato.

Le condizioni di liceità, dunque, operano come vaglio selettivo degli interessi in gioco nella fattispecie connotata dall'esistenza di un trattamento di dati personali e, sotto il profilo tecnico, divengono "elemento di controllo" previsto dal sistema giuridico per far acquisire forza espansiva ai poteri privatistici (di autonomia privata o legati alle libertà di impresa o di manifestazione del pensiero, salvo altre) o pubblicistici (si pensi ai poteri autoritativi degli enti pubblici), che necessitano delle attività di trattamento per potersi tradurre sul piano operativo e fattuale (BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 80, 82 ss., 87, 125 e 128). Si tratta di una logica necessaria ad equilibrare gli interessi in gioco nella materia ad esame: quelli di tutela della persona fisica rispetto al trattamento dei dati personali e quelli di libera circolazione di tali dati.

Le condizioni di liceità, quindi, intervengono a rimuovere un limite (o un "ostacolo") che l'ordinamento pone al preesistente potere – privatistico o pubblicistico – del titolare del trattamento, facendo espandere tale potere per la realizzazione di interessi conformi all'ordinamento. Tale connotato comune a tutte le condizioni di liceità si ravvisa anche nel "consenso", che – volendo qui richiamare la nota classificazione di Alberto Auricchio – ha natura "autorizzatoria" di tipo "integrativo" e non "costitutivo" (AURICCHIO, voce *Autorizzazione*, in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, par. 2).

Pertanto, il consenso *non* può essere accostato alla funzione assolta da una "scriminante", che vale a giustificare un comportamento altrimenti intrinsecamente illecito. Qui, invece, si ha la rimozione di un ostacolo – che l'ordinamento pone in funzione di protezione dell'interessato – allo svolgimento di un'attività di per sé non illecita.

L'autorizzazione, a differenza dell'approvazione, richiede che il consenso sia preventivo e non successivo. Inoltre, l'autorizzazione "integrativa", a differenza dell'autorizzazione "costitutiva", pur essendo istituto tipicamente giusprivatistico, ha tratti che la accomunano, almeno in parte, all'autorizzane amministrativa, giacché anch'essa si riferisce ad una situazione di potere o a una facoltà già precostitutiva rispetto alla quale l'autorizzazione medesima svolge soltanto una funzione integrativa, nel senso di rimuovere un limite all'esercizio del potere o della facoltà in questione (AURICCHIO, voce *Autorizzazione*, cit., par. 2).

La casistica che la dottrina citata ha avuto modo di analizzare con riguardo all'autorizzazione integrativa nei rapporti di diritto privato, seppur connotata da notevole eterogeneità, lascia però emergere un medesimo tratto distintivo: nelle fattispecie rientranti in tale tipo di autorizzazione il privato non attribuisce mai al soggetto

«autorizzato un diritto un potere nuovo, ma solo rimuove un limite all'esercizio di quel diritto o potere già attribuito dalla legge o anche dallo stesso privato con un atto precedente (...), in questi casi l'autorizzazione del privato non ha un effetto costitutivo. Evidentemente non può negarsi che anche in questi casi il consenso preventivo del privato abbia un suo effetto; ma questo effetto è meramente negativo, poiché esclude solamente l'effetto di un distinto fatto giuridico posto dall'ordinamento come ostacolo per il regolare svolgimento dell'attività privata (...). E in ogni caso l'autorizzazione privata non ha la funzione di creare un effetto autonomo, ma solo di escludere l'effetto di quell'ostacolo, quale che esso sia» (AURICCHIO, voce *Autorizzazione*, cit., par. 3).

Ebbene, il discorso è particolarmente calzante con riguardo al consenso al trattamento dei dati personali, che è sì manifestazione di volontà dell'interessato, ma non nel senso che questi trasferisce ad altri un potere che fa capo a sé medesimo, ma nel senso che questi, con il proprio assenso all'altrui attività di trattamento, rimuove un ostacolo o un limite al potere o alla facoltà che l'ordinamento già accorda al titolare del trattamento, in funzione del perseguimento di propri interessi, lecitamente perseguiti. Il consenso, nelle ipotesi in cui sia richiesto dalla normativa in materia di protezione dei dati personali, non vale dunque a trasferire un diritto dall'interessato al titolare del trattamento, ma vale a rimuovere un limite all'esercizio di poteri e facoltà che l'ordinamento prevede già autonomamente in capo al titolare del trattamento, limite che trova la sua ragione giustificativa nell'esigenza di assicurare il corretto bilanciamento dei diversi interessi che si affastellano intorno alla fattispecie di trattamento.

Là dove sia richiesto il consenso, l'ordinamento assegna all'interessato il ruolo di "valutatore" di tale bilanciamento, accordando rilevanza al potere di autodeterminazione informativa dell'interessato medesimo.

Altre volte il consenso non viene considerato necessario dall'ordinamento: il potere o la facoltà, per il titolare, di porre in essere il trattamento dei dati personali si confronta con altri meccanismi di selezione degli interessi, estromettendo l'interessato dal vaglio sul bilanciamento. In alcune ipotesi, come s'è già avuto modo di precisare *infra* è lo stesso legislatore che va a bilanciare l'assetto degli interessi (ad esempio là dove il trattamento sia necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, ovvero quando il trattamento è necessario per tutelare un diritto in sede giudiziaria o per salvaguardare gli interessi vitali dell'interessato o di altra persona fisica, e così via) mentre in altre ipotesi il bilanciamento è rimesso allo stesso titolare del trattamento (come ad esempio nel caso in cui il trattamento

dei dati personali si fondi sul perseguimento del “legittimo interesse” del titolare del trattamento).

Così inquadrato, il consenso preventivo dell’interesse non è, propriamente, un elemento di una fattispecie complessa, ma un atto giuridico autonomo e distinto, necessariamente prodromico rispetto all’attività giuridica del titolare del trattamento, con la conseguenza che, in difetto di consenso preventivo (ove richiesto dalla normativa), il trattamento non potrebbe essere sanato da una manifestazione di volontà successiva, a mo’ di convalida: il trattamento effettuato in difetto di consenso rimarrebbe comunque illecito e sarebbe soggetto alle sanzioni previste dall’ordinamento, chiaramente sottratte alla disponibilità dell’interessato.

La natura di “autorizzazione integrativa” del consenso (avente l’effetto di rimozione di un limite all’esercizio di un diritto o di un potere già acquisito dal titolare del trattamento) risulta confermata anche da altri elementi.

Va infatti considerato, in primo luogo, che l’attività di trattamento rimane lecita anche quando il consenso non sia previsto o venga revocato e il trattamento sia basato su altre condizioni di liceità alternative al consenso medesimo, il che porta a concludere che il “diritto” a trattare dati personali non si ottiene a titolo derivativo. Risulta pertanto fuorviante l’impostazione che ravvisa una natura “dispositiva” al consenso dell’interessato reso ai sensi della disciplina in materia di protezione dei dati personali o, addirittura, traslativa di un diritto su un bene immateriale. Tale impostazione, si noti, non impedisce le possibilità di “commercializzazione” dei dati personali, che vanno però inquadrate diversamente, sotto il profilo giuridico, ammettendo un consenso contrattuale ontologicamente distinto rispetto a quello reso in materia di protezione dei dati personali, anche se ad esso funzionalmente collegato (si veda, sul punto, quanto precisato alla fine del paragrafo precedente ed, *amplius*, quanto verrà illustrato nel prosieguo del discorso).

Sotto altro aspetto, il consenso al trattamento dei dati personali è revocabile, come chiarisce il reg. (UE) 2016/679, e ciò si pone ulteriormente in sintonia con la sua natura di autorizzazione “integrativa” e non “costitutiva”: la *revoca* del consenso prestato, infatti, porta nuovamente a “ricostituire” il limite (o l’ostacolo) all’esercizio dei poteri di predisposizione del trattamento, con la conseguenza che il trattamento non possa essere legittimamente svolto, a meno che non muti la base giuridica verso un altro fondamento legittimo, alternativo al consenso dell’interessato.

Occorre inoltre considerare che la natura di “autorizzazione integrativa” del consenso al trattamento dei dati personali riesce meglio a spiegare

la complessità giuridica che si colloca dinanzi al trattamento di dati personali, tanto con riguardo alla posizione del titolare che a quella dell'interessato: quest'ultimo necessita di strumenti di protezione tipicamente collegati ai diritti della personalità (che, *in subjecta materia*, consentano di far valere la propria capacità di autodeterminazione informativa e di tutela della propria vita privata, della propria identità e della propria dignità rispetto al trattamento di dati personali che lo riguardano); il titolare del trattamento, dal canto suo, pur avendo già poteri e facoltà di porre in essere un trattamento di dati personali per lo svolgimento della propria attività, per soddisfare interessi privatistici o pubblicistici riconosciuti dall'ordinamento giuridico, necessita di rimuovere, nei confronti dei singoli interessati o in relazione alle specifiche finalità del trattamento, i limiti che l'ordinamento pone al titolare per vagliare il corretto bilanciamento dei contrapposti gli interessi.

Ove tale bilanciamento sia rimesso al consenso dell'interessato – com'è *ex art. 6, par. 1, lett. a)* e *art. 9, par. 2, lett. a)* del reg. (UE) 2016/679 –, questi non è privato della facoltà di “*contrattualizzare*” la rimozione del limite, mediante la previsione di una controprestazione a suo vantaggio a fronte del beneficio che il titolare del trattamento ricava dall'atto di autorizzazione. In altre parole, il consenso al trattamento dei dati personali non perderebbe la propria natura di “*autorizzazione integrativa*”, né il diritto/potere del titolare del trattamento avrebbe nell'atto autorizzatorio la propria fonte: semplicemente, l'interessato e il titolare potrebbero prevedere che l'autorizzazione (ossia l'atto unilaterale di rimozione dell'ostacolo all'esercizio del diritto già facente capo al titolare del trattamento) possa essere accordata in cambio di un compenso o in cambio di un servizio o anche gratuitamente, inserendo l'autorizzazione all'interno di un rapporto contrattuale o affiancandola ad esso. All'atto autorizzatorio si verrebbe cioè ad aggiungere un accordo di natura contrattuale, a titolo oneroso o gratuito, avente ad oggetto atti di esercizio dei diritti sui dati personali dell'interessato, senza che il secondo si sostituisca al primo: i due consensi resi dall'interessato, di natura diversa, convivono ed interagiscono, essendo tra loro funzionalmente collegati. Si avrebbe così (i) un consenso di natura autorizzatoria (inquadabile, come già precisato *supra*, nell'autorizzazione integrativa e non costitutiva), ove previsto ai sensi dell'*art. 6, par. 1, lett. a)* o dell'*art. 9, par. 2, lett. a)*, del reg. (UE) n. 2016/679, che risponde alle logiche di inquadramento del diritto alla protezione dei dati personali all'interno dei diritti della personalità, indisponibili, intrasmissibili, irrevocabili, e, al contempo, (ii) un ulteriore consenso, di natura “*contrattuale*”, con il quale l'interessato – dopo aver rimosso il limite previsto dall'ordi-

namento al potere del titolare di svolgere l'attività di trattamento sui dati personali dell'interessato medesimo – concorda con il titolare del trattamento le modalità di utilizzo dei dati, anche in una logica di natura patrimoniale, nell'ambito della quale non si spoglia mai del diritto alla protezione dei dati personali. Anche là dove siano stati oggetto di un rapporto contrattuale, sui dati dell'interessato quest'ultimo mantiene il proprio controllo, potendo sempre far venir meno il consenso autorizzatorio reso in materia di protezione dei dati personali, mediante l'esercizio del diritto di revoca, ora cristallizzato nell'art. 7, par. 3, del reg. (UE) n. 2016/679; e si noti che tale disposizione consente all'interessato di far valere il diritto di revocare il proprio consenso «in qualsiasi momento», anche qualora si inserisca in una cornice di natura contrattuale. È questa l'ipotesi di consenso al trattamento dei dati personali che sia stato prestato nei casi di contratti che abbiano ad oggetto, come controprestazione dei servizi, il conferimento dei dati dell'interessato, senza alcun corrispettivo in denaro. In questo caso, si noti, non si verte, a rigore, nell'ipotesi di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), reg. cit., perché qui il trattamento dei dati personali non è da ritenersi “necessario” per l'esecuzione del contratto. Infatti – argomentando dal tenore dell'art. 7, par. 4, reg. cit. e dalla *ratio* sottostante, in funzione di tutela della persona dai rischi di abuso perpetrati dal titolare ai danni dell'interessato – devono considerarsi «necessari» *ex art. 6, lett. b), cit.* solo quei trattamenti di dati indispensabili per l'esecuzione della prestazione contrattuale che il titolare deve porre in essere in favore dell'interessato e non quei trattamenti posti in essere sui dati dell'interessato conferiti da quest'ultimo in favore del titolare del trattamento quale controprestazione per il servizio ricevuto (si veda anche, al riguardo, quanto ulteriormente chiarito nell'ultimo paragrafo del presente scritto).

Sicché, ove venisse meno il consenso al trattamento dei dati personali, di natura autorizzatoria, si avrebbe anche la caducazione (degli effetti) dell'accordo sull'utilizzo, a titolo oneroso o gratuito, dei dati personali dell'interessato. Poiché il consenso al trattamento dei dati personali, quale atto unilaterale di autorizzazione integrativa previsto in funzione di tutela dei diritti della personalità facenti capo all'interessato, è revocabile *ad nutum*, il conseguente trattamento posto in essere dal titolare perderebbe il proprio fondamento legittimo e, in difetto della condizione di liceità o di altra eventuale condizione alternativa prevista dall'ordinamento [ai sensi degli artt. 6 ss. del reg. (UE) n. 2016/679], si avrebbe la caducazione anche degli effetti del contratto di utilizzo dei dati personali dell'interessato, similmente a quanto avviene, *mutatis mutandis*, con la revoca del consenso all'utilizzo della propria immagine ove siano stati contrattualiz-

zati gli atti di esercizio del diritto all'immagine medesima (cfr. art. 10 c.c. e artt. 96 e 97 della l. n. 633 del 1941 sul diritto d'autore).

4. – (Segue). *Gli orientamenti della Cassazione nel caso Segafredo Zanetti e nel caso AdSpray*

Sul punto la giurisprudenza della Cassazione mi pare particolarmente significativa. Si pensi al caso *V. c. Segafredo Zanetti Spa*, sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione e da questa risolto con sentenza n. 1748 del 29 gennaio 2016. Ivi il Supremo Collegio ha dapprima inquadrato il diritto in questione tra i diritti fondamentali dell'uomo e, più precisamente, all'interno della protezione accordata dall'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata, specificando come la stessa si estenda fino a proteggere

«tutte le informazioni personali»

che l'individuo si aspetta non vengano divulgate (e nell'ambito delle quali viene ricompresa anche l'immagine), ribadendo la necessità del consenso della persona interessata nel caso di utilizzazione dell'immagine per impieghi pubblicitari. Più precisamente, con riguardo alla necessità del consenso per l'utilizzo dell'immagine a fini pubblicitari, il Supremo Collegio ha precisato che

«In tal senso si è espressa, peraltro, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) la quale, con riferimento all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ha osservato che la nozione di “*vita privata*” – enunciata nella norma succitata – è una nozione ampia, non soggetta a una definizione esaustiva, che comprende l'integrità fisica e morale della persona e può, quindi, *includere numerosi aspetti dell'identità di un individuo*, come il nome o elementi che si riferiscono al *diritto all'immagine*. Tale nozione *ricomprende, dunque, tutte le informazioni personali* che un individuo può legittimamente aspettarsi non vengano pubblicate senza il suo consenso (CEDU, 6 aprile 2010, n. 184/06, *Saaristo e altri c. Finlandia*). La pubblicazione di una o più foto, pertanto, in quanto invade la vita privata di una determinata persona, anche se si tratta di un soggetto pubblico, non può essere effettuata senza il consenso della persona medesima (cfr. CEDU, 21 febbraio 2002, n. 42409/98, *Schussel c. Austria*; CEDU, 24 giugno 2004, n. 59320/00, *Von Hannover c. Germania*; CEDU, 19 settembre 2013, n. 8772/10, *Von Hannover c. Germania*)» (Cass., sez. I, 29 gennaio 2016, n. 1748, par. 2.4 delle motivazioni in diritto).

Successivamente, ed è questa la parte più significativa ai fini del discorso che si sta conducendo, la Cassazione ha chiarito la natura del

consenso in questione e il rapporto con il consenso contrattuale eventualmente reso all'utilizzazione dell'immagine (rientrante nel *genus* "informazioni personali" oggetto di protezione ai sensi dell'art. 8 CEDU sulla tutela della vita privata), precisando a chiare lettere

«(...) che il consenso alla pubblicazione della propria immagine costituisce un negozio unilaterale, avente ad oggetto non il diritto, personalissimo ed inalienabile, all'immagine, che in quanto tale non può costituire oggetto di negoziazione, ma soltanto l'esercizio di tale diritto. Il consenso in parola, pertanto, sebbene possa essere occasionalmente inserito in un contratto, resta tuttavia distinto ed autonomo dalla pattuizione che lo contiene, con la conseguenza che esso è sempre revocabile, quale che sia il termine eventualmente indicato per la pubblicazione consentita, ed a prescindere dalla pattuizione del compenso, che non costituisce un elemento del negozio autorizzativo in questione, stante la natura di diritto inalienabile e, quindi, non suscettibile di valutazione in termini economici rivestita dal diritto in discussione (Cass. 3014/2004)» (Cass., sez. I, 29 gennaio 2016, n. 1748, cit., par. 2.5 delle motivazioni in diritto).

Dalla revoca del consenso-autorizzazione discendono effetti giuridici sul contratto di utilizzazione dell'immagine, nell'ambito del quale era stata altresì prevista la pattuizione di un compenso per la persona ritratta. La Suprema Corte ha infatti concluso affermando che

«Da tali premesse di principio discende che deve ritenersi errata, nel caso concreto, la decisione del Tribunale, laddove ha ritenuto che la divulgazione delle immagini della V. fosse da reputarsi lecita, stante il consenso manifestato dalla medesima con il contratto del 5.6.2000. Per intanto, va difatti rilevato che – essendo stato detto consenso alla diffusione della propria immagine revocato dalla V. in data 13.11.2007 – il contratto autorizzativo in questione è da ritenersi del tutto privo di effetti, stante la rilevata prevalenza che, rispetto al vincolo contrattuale, assume la revoca del negozio unilaterale di concessione del diritto all'utilizzo dell'immagine altrui (...)» (Cass., sez. I, 29 gennaio 2016, n. 1748, cit., par. 2.6 delle motivazioni in diritto),

sicché

«Ai sensi degli artt. 96 e 97 della l. n. 633 del 1941 sul diritto d'autore, la divulgazione dell'immagine senza il consenso dell'interessato è lecita soltanto se ed in quanto risponda alle esigenze di pubblica informazione, non anche quando sia rivolta a fini pubblicitari; in questo caso, il consenso, anche laddove racchiuso in una clausola contrattuale, conserva la propria natura giuridica di atto unilaterale avente ad oggetto non il diritto all'immagine (personalissimo ed inalienabile) bensì soltanto l'esercizio di tale diritto e avente come carattere essenziale la revocabilità

in ogni tempo, qualunque sia il termine pattuito per la pubblicazione dell'immagine a fini pubblicitari, ed a prescindere dalla pattuizione di un compenso» (Cass., sez. I, 29 gennaio 2016, n. 1748).

Nella stessa direzione, seppur con alcuni doverosi distinguo dovuti alle peculiarità della disciplina in materia di protezione dei dati personali, si colloca altra e più recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, n. 17278 del 2 luglio 2018 – già richiamata in apertura del presente contributo – resa nel caso *Garante per la protezione dei dati personali c. AdSpray Srl*, nato dall'opposizione proposta da quest'ultima avverso il provvedimento con cui l'autorità di controllo dichiarava illecito il trattamento dei dati personali, sul presupposto che non sarebbe stato acquisito correttamente il consenso, libero e specifico, degli interessati, anche per finalità di carattere promozionale, in occasione della fornitura del servizio di *newsletter* su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro. In particolare, la società fornitrice aveva subordinato l'erogazione del servizio alla dichiarazione del consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali anche per finalità di carattere promozionale, in modo da ottenere comunque una remuneratività dall'utilizzo dei dati personali degli utenti, pur a fronte della mancata richiesta di un compenso in denaro per il servizio informativo ai medesimi erogato a mezzo di *newsletter*.

La questione giuridica affrontata dal Supremo Collegio è incentrata sul tema della libertà del consenso reso in materia di protezione dei dati personali, per cui verrà ripresa in seguito con riguardo a tale precipuo aspetto, ma coinvolge anche la natura stessa di tale consenso e il suo rapporto con il consenso reso per fini contrattuali, anche per ciò che attiene all'utilizzo commerciale dei dati personali.

La Cassazione chiarisce, in tale ambito, che

«Nulla (...) impedisce al gestore del sito – (...) in un caso come quello in questione, concernente un servizio né fungibile, né irrinunciabile –, di negare il servizio offerto a chi non si presti a ricevere messaggi promozionali, mentre ciò che gli è interdetto è utilizzare i dati personali per somministrare o far somministrare informazioni pubblicitarie a colui che non abbia effettivamente manifestato la volontà di riceverli. Insomma, l'ordinamento non vieta lo scambio di dati personali, ma esige tuttavia che tale scambio sia il frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato» (Cass., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278).

L'assunto in questione, estrapolato dalle logiche complessive esternate nella motivazione, potrebbe far pensare che il consenso al trattamento dei dati personali corrisponda al consenso di natura contrattuale legittimante

lo “scambio di dati personali” o un contratto avente ad oggetto dati personali, seppur con causa diversa, ma non è così.

Nella predetta sentenza, infatti, il Supremo Collegio cassa la pronuncia di merito per aver adottato

«una nozione generica ed onnicomprensiva di consenso, non conforme al dato normativo (...)»

in materia di protezione dei dati personali, ai sensi dell’art. 23 del d.lgs. n. 196/2003, ora art. 7 del reg. UE n. 2016/679, essendo

«anzitutto da escludere che il consenso considerato da tale disposizione sia semplicemente il medesimo consenso in generale richiesto a fini negoziali, ossia il consenso prestato da un soggetto capace di intendere e volere e non viziato da errore, violenza o dolo, ovvero, in determinati frangenti, da pericolo o da bisogno: consenso, quello così previsto, che pur sussiste quantunque perturbato, al di sotto di una determinata soglia, in ragione dei vizi indicati, secondo quanto risulta dagli artt. 1428, 1435 e 1439 c.c.» (Cass., sent. 2 luglio 2018 n. 17278 cit.).

La Corte adotta tale impostazione facendo valere due considerazioni: una di carattere formale, giacché se il consenso alla protezione dei dati personali dovesse essere inteso nella medesima accezione di quello richiesto a fini contrattuali la norma di settore diverrebbe (inammissibilmente) superflua; l’altra di carattere sostanziale, che esige un consenso “rafforzato” in funzione di tutela della situazione di intrinseca debolezza dell’interessato, riconducibile

«alla nozione di “consenso informato”, (...) ampiamente impiegata in taluni settori – basti menzionare il campo delle prestazioni sanitarie – in cui è particolarmente avvertita l’esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell’esplicazione del diritto di autodeterminazione dell’interessato, attraverso la previsione di obblighi di informazione contemplati in favore della parte ritenuta più debole» (Cass., sent. 2 luglio 2018 n. 17278 cit.).

La sentenza in esame non entra in maniera netta nel dettaglio sulla qualificazione giuridica del consenso al trattamento dei dati, ma prende le distanze del più generico consenso contrattuale, ammettendo solamente per talune ipotesi (connotate dalla fungibilità dei servizi erogati e dalla possibilità per l’utente di rinunciarci senza gravoso sacrificio) che la fornitura di un servizio possa essere subordinata al consenso al trattamento dei dati personali per una finalità diversa dall’erogazione del servizio medesimo, con particolare riguardo alla finalità pubblicitaria, in modo da ricavare

remuneratività a fronte della mancata richiesta di un corrispettivo in denaro. Secondo la Corte, però, non è sufficiente il solo consenso contrattuale [ex art. 6, par. 1, lett. b), reg. cit.], in quanto il consenso all'utilizzo dei dati ai fini di scambio con l'erogazione del servizio deve essere un consenso informato, libero e specifico, reso dunque ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a) [o, se del caso, art. 9, par. 1, lett. a)] e dell'art. 7 reg. cit., anche se si inserisce in una dinamica di scambio di carattere contrattuale.

Il passaggio è delicato e presenta ambiguità non indifferenti e mi pare possa essere interpretato nel senso già tracciato dalla Cassazione nel caso Segafredo Zanetti, sopra riferito: andrebbe riconosciuta natura autorizzatoria, non contrattuale né dispositiva, al consenso al trattamento dei dati personali, sottoposto a standard più stringenti rispetto a quello genericamente previsto in ambito contrattuale; al contempo è da ritenersi ammissibile per l'interessato la facoltà di un accordo di natura contrattuale sull'utilizzo dei dati personali, una volta soddisfatta la condizione di liceità del trattamento, senza che siano di ostacolo i connotati di inalienabilità, irrinunciabilità, indisponibilità ed imprescrittibilità pacificamente riconosciuti in dottrina ai diritti della personalità, a cui anche il diritto alla protezione dei dati personali afferisce. Il collegamento giuridico che si viene a creare tra il consenso-autorizzativo al trattamento e il consenso-contrattuale per l'utilizzazione economica dei dati garantisce infatti che il diritto del titolare a trattare i dati personali dell'interessato per trarne un'utilità economica sia autorizzato in maniera non definitiva in ragione della intima afferenza di tali dati alla persona dell'interessato, che può revocare in qualsiasi momento l'assenso al trattamento [ovviamente in quanto qui la base giuridica del trattamento deve considerarsi il consenso dell'interessato ex art. 6, par. 1, lett. a), e non il contratto ex art. 6, par. 1, lett. b), reg. cit.]. La revoca del consenso al trattamento, quindi, spiega effetti giuridici sull'eventuale contratto di utilizzazione dei dati personali, che vanno indagati alla luce dei rimedi previsti dall'ordinamento giuridico. Ad esempio, nel caso di cessione dei dati personali per finalità di profilazione e *marketing* in cambio di sconti, tramite *fidelity card*, in occasione dell'acquisto di beni e servizi, la revoca dell'autorizzazione al trattamento dei dati personali, con cui l'interessato decidesse di inibire il trattamento dei dati personali per le finalità suddette, potrebbe comportare sul piano contrattuale, ad esempio, il recupero delle somme corrispondenti agli sconti praticati dal venditore di beni o dal fornitore di servizi, e così via. Si tratta sicuramente di un ambito su cui proseguire la riflessione giuridica, che in questa sede non è possibile indagare ulteriormente per esigenze di economia del discorso.

Il consenso informato al trattamento dei dati personali, in questa prospettiva, non è consenso negoziale neanche ove siano ravvisabili operazioni contrattuali aventi ad oggetto l'utilizzazione dei dati personali e ciò corrisponde anche all'impostazione che la giurisprudenza ha fornito in materia di consenso informato nei trattamenti sanitari. Si veda, ad esempio, quanto precisato da Cass., sez. II, 8 aprile 2013, n. 8527, ove – a parte il discorso in ordine alla natura della responsabilità, ampiamente discussa in dottrina – è stata rimarcata la separazione ontologica del “consenso” informato al trattamento sanitario rispetto al consenso contrattuale avente ad oggetto la prestazione professionale:

«Il consenso informato *non attiene alla validità del contratto* d'opera professionale e, in particolare alla diagnosi della situazione del paziente ed alla scelta della terapia, *ma al trattamento sanitario necessario per l'attuazione* della stessa; l'inosservanza del menzionato obbligo di ottenere il consenso informato trova la sua sola sanzione in una responsabilità (contrattuale) del sanitario anche nel caso in cui, a prescindere da una sua colpa professionale, il trattamento da lui praticato abbia comportato un aggravamento delle condizioni di salute, il cui rischio il paziente non era stata messo in condizione di valutare».

Il rimedio per il difetto del consenso informato non si colloca sul piano della validità del contratto d'opera professionale, in quanto il primo ha natura autorizzatoria, mentre il secondo, avente ad oggetto la prestazione professionale del medico, ha natura tipicamente contrattuale.

5. – *L'argomento della “libertà” (non “coercitività”) del consenso al trattamento dei dati personali e le interrelazioni con la controprestazione contrattuale. I criteri della fungibilità del servizio e della revocabilità del consenso senza gravoso sacrificio per l'interessato*

La definizione del “consenso” al trattamento dei dati personali, prevista all'art. 4, par. 1, n. 11), del reg. (UE) n. 2016/679, ne fissa le caratteristiche e i requisiti: deve infatti essere “libero”, oltre che “informato”, “inequivocabile” e “specifico”.

Per comprendere appieno l'operatività del consenso occorre tenere bene a mente che la normativa accorda al titolare del trattamento il potere predispositivo in ordine alle finalità, alle modalità, ai mezzi e all'ambito di diffusione del trattamento [v. art. 1, par. 1, n. 7), reg. cit.], sicché la manifestazione di volontà, che il regolamento europeo definisce di «assenso» al trattamento, non vale a determinarne i contenuti o la struttura, ma finisce solamente per renderne giuridicamente possibile lo svolgimento, mediante la rimozione di un limite (o di un ostacolo) in funzione di

controllo in ordine alla meritevolezza dell'interesse perseguito, rimesso all'interessato in ragione delle esigenze di bilanciamento con concorrenti o contrapposti interessi di quest'ultimo (BRAVO, *Il "diritto" al trattamento dei dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 82 ss.). La scelta autorizzativa dell'interessato opera, generalmente: (i) negando o acconsentendo al trattamento dei dati personali così come predisposto dal titolare del trattamento; oppure (ii) in caso di prospettazione di diverse finalità del trattamento, selezionando quelle per cui l'interessato ritiene di poter autorizzare, in relazione ai propri interessi ed al livello di tutela della propria vita privata che intende assicurarsi.

Il meccanismo autorizzatorio impone dunque, in primo luogo, che il consenso sia "informato", cioè che siano portate a conoscenza dell'interessato tutte le informazioni contemplate agli artt. 13 e 14 del reg. (UE) n. 2016/679, con un criterio di completezza, funzionali all'esercizio dell'autodeterminazione informativa in cui si sostanzia il diritto alla protezione dei dati personali. Nel caso in cui il consenso sia reso sulla base di un'informativa incompleta o assente, la manifestazione di volontà sarebbe ovviamente *tamquam non esset* e, pertanto, invalida, pregiudicando la liceità del trattamento, ove basato sul consenso dell'interessato ai sensi degli artt. 6, par. 1, lett. a) o 9, par. 2, lett. a), del reg. cit.

Altro requisito del consenso è dato dalla sua "inequivocabilità", ben delineata in seno al *considerando* n. 32 del reg. cit. Il consenso è "inequivoco" quando la manifestazione di volontà dell'interessato sia espressa mediante atto positivo che non possa essere frainteso nel suo significato, né generare dubbi in ordine all'effettiva sua esistenza. Non possono pertanto «configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle» (*considerando* n. 32, reg. cit.), in particolare nel caso in cui il consenso venga richiesto mediante strumenti elettronici.

Il consenso, inoltre, deve essere "specifico", ossia reso con riguardo ad elementi di trattamento individuati in maniera puntuale e non generica, altrimenti l'autorizzazione al trattamento, per la vaghezza, sarebbe meramente apparente, lasciando indeterminato l'ambito di operatività del trattamento (solo) formalmente autorizzato. Segnatamente, il carattere di specificità può essere apprezzato tenendo a mente la correlazione del consenso alle *specifiche finalità* (legittime) *dichiarate dal titolare* del trattamento nell'informativa di cui agli artt. 13 e 14 reg. cit. Il consenso in particolare dovrebbe essere prestato in maniera *specificata* per ciascuna delle finalità indicate dal titolare, ove siano più d'una, in modo da garantire una manifestazione "libera" e non condizionata del consenso in relazione ad ognuna di esse. La specificità del consenso è ritenuta tale quando l'auto-

rizzazione è correlata ad un trattamento determinato ed analiticamente individuato in tutte le sue caratteristiche (oggetto, finalità, ambito di circolazione dei dati, durata, modalità con cui viene posto in essere, etc.) e non solo all'aspetto teleologico (cfr., sul punto, S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati*, a cura di Panetta, Milano, 2006, p. 1016). Si noti inoltre che, una volta accettato il trattamento in relazione alle finalità dichiarate dal titolare, *l'interessato non può escludere selettivamente* una o più delle *attività del trattamento* rientranti in detta finalità: il consenso fornito si traduce in un atto unilaterale autorizzatorio, privo di poteri di regolamentazione in ordine alla costruzione del *quomodo*. Con il consenso prestato, l'interessato manifesta una volontà adesiva a contenuti prefissati dal titolare del trattamento, a cui competono, in via esclusiva, la determinazione delle finalità e delle caratteristiche del trattamento, nel rispetto dei limiti previsti dal regolamento (ad es.: sulla durata del trattamento necessaria al rispetto delle finalità; sulla necessità che i dati siano corretti e, se necessario, aggiornati, etc.), ma non fissati (anche) dall'interessato. La prospettazione secondo cui il consenso dell'interessato vale a determinare la fonte del regolamento, suggerita da accorta dottrina, deve pertanto essere ridimensionata solamente al profilo dell'accettazione di contenuti già dati e non anche alla individuazione delle modalità, delle finalità e dei limiti del trattamento.

Ove il consenso difettesse del requisito di specificità, si finirebbe per impedire all'interessato di realizzare l'autodeterminazione informativa che il sistema giuridico intende accordargli (qualora la base giuridica del trattamento sia costituita dal consenso medesimo).

Per le stesse ragioni la normativa richiede che il consenso debba anche essere "*libero*", e ciò implica – secondo le «Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679», rese dal Gruppo di lavoro *ex art.* 29 dapprima in data 28 novembre 2017, ma successivamente modificate e (ri)adottate (da ultimo) in data 10 aprile 2018 – che l'interessato abbia una

«scelta effettiva»

nel manifestare la propria volontà autorizzatoria e che abbia anche

«il controllo sui propri dati».

Pertanto, come ben chiarito nelle predette linee guida,

«il regolamento stabilisce che se l'interessato non dispone di una scelta effettiva, si sente obbligato ad acconsentire o subirà conseguenze negative se non acconsente, il consenso non sarà valido. Se il consenso è parte non negoziabile delle condizioni generali di contratto/servizio, si presume che non sia stato prestato liberamente. Di conseguenza, il consenso non sarà considerato libero se l'interessato non può rifiutarlo o revocarlo senza subire pregiudizio» [Gruppo di lavoro *ex art. 29, Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, del 28 novembre 2017, modificate il 10 aprile 2018 (WP 259 rev. 01)].

Proprio su tale requisito interviene l'art. 7, par. 4, del reg. cit., ove si precisa che

«Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione del contratto».

Le linee guida citate mettono in evidenza come il principio in esame, che il Gruppo *ex art. 29* individua con il lemma «*Condizionalità*», si esprime non solo con riferimento al contratto, ma ogni qualvolta vi sia un'

«azione di pressione o influenza inappropriata sull'interessato (che si può manifestare in svariati modi) che impedisca a quest'ultimo di esercitare il suo libero arbitrio (...)».

Così, ad esempio, qualora un'applicazione *mobile* per il fotoritocco richieda agli utenti l'attivazione della geolocalizzazione per accedere ai servizi con essa forniti, utilizzando i dati raccolti per finalità di pubblicità comportamentale, il consenso ottenuto per l'utilizzo del servizio non dovrebbe essere considerato validamente reso, in quanto sarebbe "indotto", per ottenere l'utilizzo dell'*App*, benché

«[n]é la geolocalizzazione né la pubblicità comportamentale *online* [siano] *necessarie* per la prestazione del servizio di fotoritocco e vanno oltre la fornitura del servizio principale. Poiché gli utenti non possono utilizzare l'applicazione senza acconsentire a tali finalità, il consenso non può essere considerato liberamente espresso (...). L'articolo 7, paragrafo 4, mira a garantire che la finalità del trattamento dei dati personali non sia mascherata né accorpata all'esecuzione di un contratto o alla prestazione di un servizio per il quale i dati personali non sono *necessari*. In tal modo, il regolamento assicura che il trattamento dei dati personali per cui viene richiesto il consenso non possa trasformarsi direttamente o indirettamente in una controprestazione contrattuale. Le due basi legittime per la liceità del trattamento dei dati personali, ossia il consenso e l'esecuzione di un contratto,

non possono essere riunite e rese indistinte» (così il Gruppo di lavoro *ex art.* 29, nelle linee guida cit., p. 6 e p. 9).

La disposizione contenuta nell'art. 7, par. 4, reg. cit., interpretata in maniera restrittiva anche dal Garante per la protezione dei dati, è stata recentemente oggetto di aperture ad opera della Corte di Cassazione, che, con la richiamata sentenza n. 17278 del 2018 cit., ha voluto riservare un regime di maggior favore per il titolare del trattamento qualora vengano forniti via Internet servizi fungibili o per i quali la rinuncia non comporta un sacrificio gravoso. Segnatamente, la Cassazione ha avuto modo di statuire che

«In tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'art. 23 del Codice della *privacy* [la cui disciplina si trova ora prevista all'art. 7 del reg. UE n. 2016/679, *n.d.a.*], nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito Internet, il quale *somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio* (nella specie servizio di *newsletter* su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti» (Cass., sent. n. 17278/2018 cit.).

I confini in ordine all'applicazione del principio giurisprudenziale dianzi trascritto non sono però netti, né chiari e ciò potrebbe condurre ad evidenti criticità sul piano applicativo (con specifico riguardo ai criteri della fungibilità del servizio erogato e della rinunciabilità senza gravoso sacrificio per l'interessato). Possiamo però rinvenire alcune utili indicazioni nelle predette linee guida sopra citate, nelle quali il concetto di "*libertà*" del consenso viene esteso anche in altre direzioni, concernenti la c.d. "*granularità*" del consenso stesso e il "*pregiudizio*" dell'interessato: la granularità fa riferimento alla necessità di richiedere distinte manifestazioni di volontà dell'interessato, aventi ad oggetto l'autorizzazione al trattamento dei dati, per ciascuna finalità di trattamento (se viene richiesto un unico consenso per diverse finalità di trattamento, tra loro accorpate, il consenso non può ritenersi libero, dato che l'interessato deve potersi esprimere liberamente sulle singole finalità di trattamento ed essere messo in grado di selezionare quali finalità autorizzare e quali no. In tal senso v. le linee guida cit., p. 11); quanto al pregiudizio, invece, non può dirsi libero il consenso che sia stato reso o mantenuto nel tempo dall'interessato qualora

risulti che il rifiuto o la revoca comportino un costo, un sacrificio o uno svantaggio evidente. Nelle linee guida cit., p. 11 e s., si rimarca come rientrino nel concetto di “pregiudizio” per l’interessato, in tale contesto, non solo

«l’inganno, l’intimidazione, la coercizione (...)» (*sic!*),

ma anche, più genericamente,

« (...) conseguenze negative significative in caso di mancato consenso»

e che in ogni caso l’onere probatorio sul difetto di pregiudizio grava in capo al titolare del trattamento (come del resto è evidente anche in base al principio di *accountability*, di cui all’art. 24 reg. cit.). Infatti

«[i]l titolare del trattamento deve dimostrare che è possibile rifiutare il consenso oppure revocarlo senza subire pregiudizio (considerando 42), ad esempio dimostrando che la revoca del consenso non comporta alcun costo per l’interessato e quindi nessuno svantaggio evidente in caso di revoca. (...) Il titolare del trattamento dovrebbe essere in grado di dimostrare che l’interessato ha potuto scegliere liberamente o realmente se acconsentire o meno e che poteva revocare il consenso senza pregiudizio. Se il titolare del trattamento può dimostrare che il servizio consente di *revocare il consenso* senza conseguenze negative, ad esempio senza che il livello della prestazione del servizio venga diminuito a discapito dell’utente, allora può dimostrare che il consenso è stato conferito liberamente. Il regolamento generale sulla protezione dei dati non esclude tutti gli incentivi, tuttavia spetta al titolare del trattamento dimostrare che il consenso è stato prestato liberamente in tutte le circostanze» (Linee guida cit., p. 11 e 12).

In questi ulteriori passaggi delle linee guida, il Gruppo *ex art. 29* mette in risalto la natura autorizzatoria e acontrattuale del consenso al trattamento di dati personali oggetto di scambio con la fornitura del servizio: infatti, quale corollario del principio di *libertà* del consenso, viene predicata la necessità che sia garantita anche la *revoca* del consenso al trattamento di tali dati, anche se tali dati siano oggetto di scambio, in sede contrattuale, con la prestazione avente ad oggetto la fornitura del servizio digitale (in passato la dottrina aveva già affrontato la questione concernente la revoca del consenso al trattamento nell’ambito di una cornice contrattuale. Cfr., in particolare, S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 1045 ss.; G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Il diritto privato nel prisma dell’interesse legittimo*, a cura di Breccia, Bruscutiglia e Busnelli, Torino, 2001, p. 52 ss. Il mutato quadro giuridico e l’evoluzione

giurisprudenziale di cui si sta tenendo conto nel presente contributo consentono di muovere passi ulteriori nel dibattito).

Poiché la disciplina normativa accorda l'esercizio del diritto di revoca da parte dell'interessato solamente qualora il trattamento sia fondato sul consenso ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. *a*), reg. cit. – o dell'art. 9, par. 2, lett. *a*), reg. cit. – ma non anche qualora il trattamento sia necessario per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. *b*), reg. cit., ne deriva che il consenso contrattuale alla fornitura del servizio ed allo scambio dei dati non si sostituisce al consenso autorizzatorio al trattamento: anzi, quest'ultimo coesiste con il primo, senza precludere la commerciabilità dei dati personali. Ed è poi lo stesso reg. (UE) n. 679/2016 a richiedere che vi sia il consenso al trattamento dei dati personali, distinto da quello contrattuale, qualora l'esecuzione del contratto da parte del titolare del trattamento sia subordinata alla manifestazione del consenso, da parte dell'interessato, al trattamento di dati personali non necessario alla predetta esecuzione (art. 7, par. 4, cit.). Il sistema così, come visto anche per la tutela del diritto all'immagine nel caso Segafredo Zanetti sopra richiamato, è in grado di assicurare all'interessato la revocabilità del consenso in qualunque momento e *ad nutum*, anche in presenza di un vincolo contrattuale collegato (che resterebbe travolto dall'esercizio del diritto di revoca con cui il trattamento dei dati, di per sé potenzialmente legittimo, incontra nuovamente un ostacolo giuridico, dato dal venir meno della condizione di liceità del trattamento per volontà unilaterale dell'interessato). Per tali fattispecie, sinteticamente definite con l'espressione poco felice di “scambio di dati personali”, non può essere invocata la condizione di liceità di cui all'art. 6, par. 1, lett. *b*), reg. cit. per escludere la revoca del consenso dell'interessato all'utilizzo dei dati da parte del titolare..

Ove poi dalla disamina del vincolo contrattuale emergesse la natura infungibile del servizio erogato dal titolare in cambio del conferimento dei dati da parte dell'interessato oppure, sotto altro profilo, un eccessivo sacrificio per l'interessato in conseguenza della revoca del consenso al trattamento dei dati, pur formalmente possibile, il consenso autorizzatorio al trattamento dei dati verrebbe considerato non “libero” e, pertanto, nullo, inficiando anche il sottostante contratto.

In ciò il sistema giuridico realizza il bilanciamento delle esigenze in gioco: tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali e libera circolazione dei dati, nella prospettiva anche di tutela del mercato.

L'esaurimento del diritto d'autore sul *software* non destinato al largo consumo

1. – Il caso “Ranks” e i suoi rapporti con il precedente caso “UsedSoft”

Il 12 ottobre 2016 la Corte di Giustizia UE ha depositato la sentenza che ha definito la causa C-166/15. La controversia in relazione alla quale la Corte ha avuto modo di esprimersi riguardava un procedimento penale in Lettonia che riguardava *inter alia* anche una violazione di diritto di autore commessa da due venditori *online* di programmi per elaboratore, denunciati penalmente dalla Microsoft per aver copiato e posto in vendita su *e-bay* alcune migliaia di copie di sistemi operativi della nota *software house* americana. Gli imputati affermavano tuttavia di aver acquistato il supporto materiale del programma (e la relativa licenza) da soggetti che avevano in precedenza acquistato legittimamente il programma originale: tali programmi, tuttavia, non venivano posti in commercio sul loro supporto originale, bensì su un diverso e nuovo supporto su cui il programma veniva copiato, per il fatto che – secondo gli imputati – il supporto originale sarebbe stato danneggiato o deteriorato.

Gli imputati venivano condannati sia in primo che in secondo grado di merito, mentre il *Latvijas Republikas Augstākās tiesas Senāts* (Senato della Corte suprema della Lettonia) annullava la sentenza di seconde cure, rinviando al giudice d'appello per il riesame della questione. Il giudice di rinvio decideva tuttavia di sospendere il procedimento, per rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale relativa alla pertinenza al caso di specie dei principi a suo tempo espressi dalla Corte nella sentenza *UsedSoft 2*, sottoponendo in particolare alla Corte i seguenti quesiti:

«1) Se una persona che ha acquistato un programma per elaboratore con licenza “d’occasione” su un disco non [originale], funzionante e non utilizzato da altri utenti, possa, ai sensi [dell’articolo] 5, paragrafo 1, e [dell’articolo] 4, paragrafo 2, della direttiva 2009/24, invocare l'esaurimento del diritto di distribuire un esemplare (copia) del suddetto programma per elaboratore, che il primo acquirente di tale programma ha acquistato dal titolare del diritto unitamente al disco originale, ove tuttavia il disco [originale] si sia deteriorato, [e] il primo acquirente abbia cancellato il proprio esemplare (copia) e non ne faccia più uso.

2) Nel caso in cui sia data risposta affermativa alla prima domanda, se una persona che può invocare l'esaurimento del diritto di distribuire un esemplare (copia) del programma per elaboratore abbia il diritto di rivendere il suddetto

programma per elaboratore su un disco non [originale] ad un terzo ai sensi [dell'articolo] 4, paragrafo 2, e [dell'articolo] 5, paragrafo 2, della direttiva 2009/24».

Come correttamente rileva anche l'Avvocato Generale nelle conclusioni depositate nel procedimento in questione, le questioni sottoposte alla Corte non riguardavano la vendita da parte del titolare (o con il suo consenso) di copie realizzate, dal titolare o con la sua autorizzazione, sul supporto materiale d'origine (definibili come «copie materiali originali»), vertendo piuttosto sull'esistenza di una violazione dei diritti d'autore per la vendita, senza il consenso del titolare, di copie di programmi per elaboratore realizzate senza l'autorizzazione del titolare, ma in presenza di alcune particolari circostanze, su un supporto materiale diverso dal supporto d'origine (definibili come «copie materiali non originali»).

Sulla base di questa considerazione, l'AG riteneva di riformulare le questioni sottoposte alla Corte, nel senso che quello che i giudici dovevano chiarire era in realtà se l'art. 4, lett. *a*), nonché l'art. 5, par. 1 e 2, della dir. 91/250, dovevano essere interpretati nel senso che sono violati i diritti esclusivi di riproduzione e di distribuzione del titolare quando la copia di un programma viene realizzata da un utilizzatore, senza l'autorizzazione del titolare, su un supporto materiale diverso dal supporto materiale d'origine e tale copia è venduta, senza l'autorizzazione del titolare, da tale utilizzatore o da altri utilizzatori, anche quando il supporto materiale d'origine sia danneggiato e il venditore della copia renda altresì inutilizzabile qualsiasi altra copia in suo possesso.

L'avvocato generale individuava poi tre possibili approcci alla questione dell'esaurimento del diritto di distribuzione in relazione ad una copia materiale non originale del programma:

1) un approccio restrittivo secondo cui una copia materiale non originale non potrebbe in nessun caso beneficiare dell'esaurimento del diritto di distribuzione;

2) un approccio estensivo secondo cui una copia materiale non originale beneficia dell'esaurimento del diritto di distribuzione quando sono rispettate le condizioni stabilite dalla Corte nella sentenza *UsedSoft* [ossia se: 1) il titolare ha conferito all'acquirente iniziale, a fronte del pagamento di un prezzo diretto a consentirgli di ottenere una remunerazione corrispondente al valore economico della copia dell'opera di cui è proprietario, un diritto d'uso della copia senza limiti di durata, e 2) l'acquirente iniziale che procede alla rivendita della copia materiale non originale rende inutilizzabile qualsiasi altra copia in suo possesso al momento della rivendita];

3) un approccio intermedio, secondo cui la soluzione adottata dalla Corte nella sentenza *UsedSoft* [CGUE 3 luglio 2012 (in causa C-128/11), pubblicata in *AIDA*, 2012 (1496) p. 538 e ss.] potrebbe estendersi alle copie materiali non originali, ma solo quando la copia materiale originale è stata danneggiata (in quanto in quel caso la copia sarebbe necessaria per consentire al legittimo acquirente di utilizzare la copia in modo conforme alla sua destinazione).

L'Avvocato generale riteneva di dover condividere l'approccio restrittivo. Il tutto sulla base di cinque diversi argomenti.

In primo luogo – secondo l'AG – la formulazione letterale dell'articolo 4, lett. c), seconda frase, della dir. 91/250, che stabilisce l'unica deroga al diritto di distribuzione, limita espressamente il beneficio dell'esaurimento alla sola copia originale. Prevedendo infatti letteralmente che la vendita di una copia di un programma, da parte del titolare o con il suo consenso, «esaurisce il diritto di distribuzione *della copia*» (l'enfasi è aggiunta, *n.d.a.*) esclude che la regola possa valere per qualunque copia diversa dalla copia originale venduta dal titolare o con il suo consenso. Inoltre, la norma non prevede che l'esaurimento sia subordinato alla circostanza che il rivenditore abbia reso inutilizzabile qualsiasi altra copia in suo possesso o che la copia materiale originale sia stata deteriorata.

In secondo luogo, l'AG riteneva che l'approccio restrittivo corrispondesse meglio alla concezione generale della regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione quale prevista dalla normativa dell'Unione in materia di diritto d'autore, come definita dalla CGUE in altri casi. Una disposizione analoga all'art. 4, lett. c), seconda frase, della dir. 91/250 si ritrova infatti nell'articolo 4, par. 2, della dir. 2001/29 CE, che è stato interpretato – nella sentenza *Art & Allposters International* (C. Giust. UE, sent. 22 gennaio 2015, causa C-419/13) – nel senso che l'esaurimento del diritto di distribuzione riguarda unicamente il supporto d'origine venduto con il consenso del titolare (un poster cartaceo) e non poteva essere esteso al nuovo supporto che incorporava l'immagine dell'opera protetta (una tela da pittura). Secondo l'Avvocato Generale, infatti, il deterioramento del poster cartaceo non implica come conseguenza che l'utilizzatore possa trasferire l'immagine, senza violare il diritto di distribuzione, su una tela da pittura e rivenderla senza l'autorizzazione del titolare, così come il deterioramento di un libro non conferisce al suo proprietario il diritto di venderne una fotocopia, né il deterioramento di un disco in vinile conferisce al proprietario il diritto di trasferirne il contenuto su un supporto CD e di rivendere quest'ultimo senza l'autorizzazione del titolare.

In terzo luogo, l'AG sosteneva che l'approccio estensivo e l'approccio intermedio si fondano su una confusione tra le regole che disciplinano il diritto di distribuzione e quelle che disciplinano il diritto di riproduzione.

Questo perché la condizione secondo cui il rivenditore sarebbe tenuto a «rendere inutilizzabile» qualsiasi copia in suo possesso al momento della rivendita – nella sentenza resa nel caso *UsedSoft* – è stato imposto per evitare di violare il diritto di riproduzione, non risultando invece pertinente ai fini della determinazione dell'esistenza di una violazione del diritto di distribuzione. Inoltre, l'approccio intermedio presuppone – secondo l'Avvocato Generale – che l'utilizzatore che realizza una copia materiale non originale alle condizioni di cui all'art. 5, par. 1 o 2, della dir. 91/250 abbia il diritto, a talune condizioni, di distribuire tale copia. Sennonché quelle disposizioni stabiliscono deroghe unicamente al diritto di riproduzione, di guisa che – anche a voler ammettere che la copia realizzata da un utilizzatore sia lecita alla luce delle condizioni fissate dall'art. 5, par. 1 o 2, della dir. 91/250 – questo non implicherebbe anche che detto utilizzatore possa vendere la copia senza violare il diritto di distribuzione. Il diritto di realizzare una copia per il proprio uso non comporta, infatti, il diritto di vendere tale copia ad altri.

In quarto luogo, sul piano pratico, l'Avvocato generale segnalava che l'adozione di un approccio differente rispetto a quello restrittivo, in via di fatto imporrebbe all'acquirente finale di una copia materiale non originale un onere della prova di fatto impossibile da osservare. Spettando infatti alla parte che fa valere l'esaurimento dimostrare che essa soddisfa le condizioni previste dalla norma per beneficiarne, spetterebbe all'acquirente finale di una copia materiale non originale dimostrare che la copia originale si è deteriorata e che il rivenditore ha reso inutilizzabile qualsiasi altra copia in suo possesso. Il che, come osserva l'AG – è in pratica impossibile, specie con riferimento all'ipotesi di vendite *online*.

Infine – e sempre sul piano pratico – l'AG sottolineava come è spesso impossibile distinguere una copia di riserva lecita (in quanto realizzata conformemente all'art. 5, par. 2, della dir. 91/250) da una copia contraffatta. Consentire dunque la vendita di copie di riserva, comporterebbe notevoli difficoltà per le autorità responsabili della lotta alla contraffazione.

L'Avvocato Generale, prendeva poi posizione sulle deroghe al diritto esclusivo di riproduzione, giacché la copia distribuita – nel caso di specie – derivava appunto da una riproduzione del programma senza l'autorizzazione del titolare. Tali deroghe sono quelle individuate dall'art. 5 della dir. 91/250, secondo cui la riproduzione non è soggetta all'autorizzazione del

titolare, quando è necessaria per consentire al legittimo acquirente di utilizzare il programma in modo conforme alla sua destinazione (art. 5, par. 1) o quando consiste nel realizzare una copia di riserva necessaria ai fini del suo utilizzo (art. 5, par. 2). Secondo l'AG – tuttavia – si tratterebbe di deroghe irrilevanti nel caso, giacché – anche quando le copie materiali non originali possono beneficiarne, la successiva vendita comporterebbe comunque la perdita del beneficio.

Considerando infatti che la copia materiale non originale, per beneficiare della deroga, deve essere realizzata dal legittimo acquirente per consentirgli di utilizzare il programma in modo conforme alla sua destinazione, sarebbe evidente che, in caso di rivendita, il legittimo acquirente cede i diritti d'uso detenuti su tale programma e dunque deve cessare di utilizzarlo. Questo significa allora – secondo l'Avvocato Generale – che tale soggetto non può più soddisfare la condizione secondo la quale la copia materiale non originale deve consentirgli di utilizzare il programma per elaboratore in modo conforme alla sua destinazione (destinazione che – secondo l'AG – non può essere quella di rivendere a terzi il programma). L'art. 5, par. 2, della dir. 91/250 presuppone poi che la persona abilitata a usare il programma faccia una copia di riserva «qualora tale uso lo richieda». Ed anche qui – in caso di rivendita del programma per elaboratore – il detentore dovrà cessarne l'utilizzo, non potendo più soddisfare la condizione. Infine, secondo l'Avvocato Generale, questa soluzione troverebbe una conferma anche nei punti 70 e 78 della sentenza *UsedSoft*, in cui la Corte ha dichiarato che il rivenditore – per evitare di violare il diritto di riproduzione – deve rendere inutilizzabile qualsiasi copia in suo possesso diversa dalla copia rivenduta. E per copie che devono essere rese inutilizzabili si dovrebbero intendere in particolare anche le copie realizzate dal rivenditore conformemente all'art. 5, par. 1 o 2, della dir. 91/250.

Infine, l'Avvocato Generale, passava a trattare dei rapporti tra il caso oggetto della sua opinione e la decisione *UsedSoft*, che veniva ritenuta solo “limitatamente rilevante” nel caso *Ranks*.

La causa *UsedSoft* – secondo l'AG – riguardava infatti la vendita come beni usati, da parte della *UsedSoft*, di licenze d'uso relative a copie immateriali di un programma per elaboratore scaricate direttamente dal sito Internet del titolare, la *Oracle*, che si era opposta a tale prassi facendo valere, in particolare, che la regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione non si applicava alle copie immateriali. La Corte aveva invece dichiarato che la regola valeva sia per le copie materiali sia per le copie immateriali, precisando – in relazione a queste ultime – che l'esaurimento poteva riguardare la copia immateriale scaricata via Internet in caso di

conferimento da parte del titolare, a fronte del pagamento di un prezzo diretto a consentirgli di ottenere una remunerazione corrispondente al valore economico della copia dell'opera di cui è proprietario, del diritto di utilizzare la copia stessa, senza limitazioni di durata. Inoltre, la Corte aveva dichiarato anche che, in deroga al diritto di riproduzione esclusivo del titolare, il secondo acquirente di tale copia immateriale aveva il diritto di realizzarne una copia sul suo elaboratore per utilizzare il programma in modo conforme alla sua destinazione, ai sensi dell'art. 5, par. 1, della dir. 91/250.

Secondo l'Avvocato Generale, la soluzione adottata dalla Corte in quella sentenza trovava la propria *ratio* nel fatto che i Giudici intendevano preservare l'effetto dell'esaurimento del diritto di distribuzione estendendo il suo ambito di applicazione alle copie immateriali di programmi per elaboratore, perché la soluzione opposta avrebbe incoraggiato i titolari a distribuire i loro programmi per elaboratore in forma immateriale al fine di sottrarsi all'esaurimento.

Proprio in questo il caso Ranks – secondo l'AG – differisce rispetto al caso UsedSoft. In Ranks, infatti, non risulta che i soggetti che hanno distribuito le copie abbiano venduto licenze d'uso relative a copie immateriali (originali), essendo pacifico viceversa che il procedimento verte su copie materiali (non originali). D'altra parte, al di fuori del contesto «classico» della vendita di copie materiali originali (originariamente vendute con il consenso del titolare) e della sua estensione alle copie immateriali originali, non esiste alcun rischio particolare di pregiudizio dell'effetto utile della regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione, nel senso che in simili casi il titolare del diritto si non oppone alla nascita di un mercato dell'usato di copie originali, bensì alla nascita di un mercato dell'usato di copie non originali realizzate e vendute senza il suo consenso.

Tutto questo induce l'Avvocato Generale a ritenere che i principi indicati nella sentenza UsedSoft non dovrebbero poter essere applicati per analogia al caso Ranks. Secondo l'AG – in sintesi – la soluzione adottata nella sentenza UsedSoft riguardava lo specifico contesto della vendita di licenze relative a copie immateriali, che non era stato espressamente previsto dal legislatore dell'Unione al momento dell'adozione della dir. 91/250, di guisa che – al di fuori di quel contesto – dovrebbero trovare comunque applicazione i principi generali desunti in particolare degli artt. 4 e 5 della dir. 91/250.

La conclusione del ragionamento dell'Avvocato Generale è dunque che – quando la copia originale di un programma, venduta dal titolare o con il suo consenso, si trova incorporata in un supporto materiale – solo la

copia materiale originale beneficia dell'esaurimento del diritto di distribuzione, a condizione che il rivenditore di tale copia renda inutilizzabile ogni altra copia in suo possesso (altrimenti violerebbe il diritto di riproduzione dell'opera). Quando invece la copia originale non è incorporata in un supporto materiale, troveranno applicazione i principi di UsedSoft al fine di preservare l'effetto utile della regola dell'esaurimento, con la conseguenza che il diritto di distribuzione sulla copia immateriale si esaurisce nelle ipotesi in cui il titolare aveva conferito, a fronte del pagamento di un prezzo diretto a ottenere una remunerazione corrispondente al valore economico della copia dell'opera di cui è proprietario, un diritto d'uso di detta copia, senza limitazioni di durata (par. 72 della sentenza UsedSoft). Il rivenditore, anche in queste ipotesi, è tenuto tuttavia a rendere inutilizzabile qualsiasi altra copia in suo possesso, altrimenti restando violato il diritto di riproduzione (par. 70 e 78). Tale soluzione consente infatti la nascita di un mercato dell'usato per le copie immateriali di programmi per elaboratore e non vanifica la *ratio* del principio dell'esaurimento.

Coerentemente, le conclusioni dell'Avvocato Generale sono state nel senso che l'art. 4, lett. *a*) e *c*), nonché l'art. 5, par. 1 e 2, della dir. 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, come modificata dalla dir. 93/98/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, devono essere interpretati nel senso che sono violati i diritti esclusivi di riproduzione e di distribuzione del titolare quando la copia di un programma per elaboratore è realizzata da un utilizzatore, senza l'autorizzazione del titolare, su un supporto materiale diverso dal supporto materiale d'origine e tale copia è venduta, senza l'autorizzazione del titolare, da tale utilizzatore o da altri utilizzatori, e ciò anche in circostanze in cui: 1) il supporto materiale d'origine sia danneggiato e 2) il venditore di detta copia renda inutilizzabile qualsiasi altra copia in suo possesso.

La Corte di Giustizia ha adottato un approccio differente rispetto a quello proposto dall'AG, dato che nella sua decisione, parte dalla considerazione – che si rinviene nella decisione UsedSoft, in particolare nel punto 49 della motivazione – secondo cui il termine «vendita» di cui all'art. 4, lett. *c*) della direttiva sul *software* comprende tutte le forme di commercializzazione della copia di un programma per elaboratore che sono caratterizzate dalla cessione di un diritto di usare tale copia, in modo permanente, a fronte del pagamento di un prezzo diretto a consentire al titolare del diritto d'autore su detto programma di ottenere una remunerazione corrispondente al valore economico di detta copia. Questo signi-

fica secondo la Corte che, una volta che il titolare del diritto d'autore su un programma per elaboratore abbia venduto, all'interno dell'Unione, una copia di tale programma su un supporto fisico accompagnata da una licenza d'uso illimitata di detto programma, lo stesso titolare non può poi opporsi alle rivendite successive, anche in presenza di obblighi contrattuali che vietano qualsiasi cessione (anche qui la Corte riprende dunque la sentenza *UsedSoft*, con riferimento al punto 77). La Corte riconosce tuttavia che le questioni che formano oggetto del caso *Ranks* non riguardano una rivendita della copia di un programma usato registrata su un supporto fisico originale, bensì l'ipotesi della vendita della copia di un programma usato, fissata su un supporto fisico non originale, da parte di un soggetto che l'ha acquistato presso l'acquirente iniziale (o un acquirente successivo).

La Corte tuttavia – a differenza di quanto sostenuto dall'Avvocato generale – giunge alla conclusione che, anche in questo caso, possono valere i medesimi principi espressi in *UsedSoft*.

Secondo la Corte, infatti, l'esaurimento del diritto di distribuzione riguarda la copia del programma per elaboratore e la licenza d'uso che l'accompagna e non il supporto fisico sul quale tale copia sia stata, eventualmente, messa in vendita per la prima volta nell'Unione dal titolare del diritto d'autore o con il suo consenso. Questo perché – come si legge nei punti 55 e 61 della sentenza *UsedSoft* – l'art. 4, par. 2, della dir. 2009/24, che riprende il contenuto dell'art. 4, lett. *c*), della dir. 91/250, si riferisce, senza ulteriori precisazioni o limitazioni, alla «vendita di una copia di un programma per elaboratore», non operando dunque alcuna distinzione a seconda della forma tangibile o intangibile della copia. Dunque l'esaurimento del diritto di distribuzione opera indipendentemente dal fatto che la vendita riguardi una copia tangibile o intangibile del programma.

Passando a trattare del diritto di riproduzione, la Corte rileva invece che l'art. 4, lett. *a*), della dir. 91/250 concede altresì al titolare del diritto d'autore il diritto esclusivo di effettuare e di autorizzare la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, del programma, con qualsivoglia mezzo, in qualsivoglia forma, fatte salve le eccezioni previste dagli artt. 5 e 6 di tale direttiva. Questo significa – secondo la Corte – che il legittimo acquirente della copia di un programma, immessa in commercio dal titolare del diritto o con il suo consenso, può, di conseguenza, vendere il programma “usato” – in applicazione della regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione di cui all'art. 4, lett. *c*), della dir. 91/250 – solo se la cessione non pregiudica il diritto esclusivo di riproduzione di cui all'art. 4, lett. *a*), dunque solo a condizione che qualsiasi atto di riproduzione di

detto programma sia o autorizzato da detto titolare ovvero rientri nelle eccezioni previste dagli artt. 5 e 6 della direttiva stessa.

Questo significa – secondo la Corte – che la regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione consente in realtà di vendere una copia di un programma per elaboratore, registrata su un supporto fisico non originale, nell'ipotesi in cui il supporto fisico originale sia stato deteriorato, a condizione che siano rispettati i criteri fissati dalla Corte nel caso *UsedSoft*, ossia che l'acquirente iniziale della copia di un programma registrato su un supporto fisico originale disponga di una licenza di uso illimitata sul programma e renda inutilizzabile ogni copia in suo possesso al momento della vendita. In una simile ipotesi, effettuare una copia di un programma per elaboratore su un supporto fisico non originale, potrebbe dunque essere consentito ai sensi delle eccezioni al diritto esclusivo di riproduzione di cui all'artt. 5, par. 1 e 2, della medesima direttiva.

A tale proposito, la Corte rileva tuttavia che l'art. 5, par. 2, della dir. 91/250 stabilisce che il contratto non può vietare che il legittimo utilizzatore faccia una copia di riserva dello stesso qualora il suo uso lo richieda. Tale copia deve dunque, da un lato, essere effettuata da persona che ha già il diritto di usare tale programma e, dall'altro, deve essere necessaria per l'uso del programma. Tale disposizione, stabilendo un'eccezione al diritto esclusivo di riproduzione, deve – secondo la Corte – essere oggetto di interpretazione restrittiva, con la conseguenza che una copia di riserva di un programma per elaboratore può essere effettuata e utilizzata solo per rispondere ai bisogni di colui che ha il diritto di usare tale programma.

Da questa considerazione la Corte fa discendere la conseguenza che il legittimo detentore del supporto originale non può usare tale copia, sebbene abbia deteriorato, distrutto o smarrito il supporto fisico originale di tale programma, ai fini della vendita di detto programma d'occasione a terzi. Questo significa che il legittimo acquirente di una copia di un programma per elaboratore accompagnata da una licenza d'uso illimitata, che intende venderla, in seguito all'esaurimento del diritto di distribuzione del titolare dei diritti d'autore in applicazione dell'art. 4, lett. *c*), della dir. 91/250, non può, in assenza di autorizzazione del titolare, cedere a terzi la copia di riserva, anche se egli ha deteriorato, distrutto o smarrito il supporto fisico originale che gli era stato venduto da tale titolare o con il suo consenso.

Quanto invece all'art. 5, par. 1, della dir. 91/250 (ossia la norma secondo cui l'atto di riproduzione necessario per consentire all'acquirente legittimo l'uso del programma conforme alla sua destinazione, non è assoggettato all'autorizzazione del titolare del diritto, fatte salve disposizioni

contrattuali specifiche), la Corte fa riferimento nuovamente alla sentenza UsedSoft (in particolare al punto 75) per confermare che il fatto che l'acquirente di una copia di un programma per elaboratore acquisti e scarichi una copia del programma dal sito Internet del titolare del diritto costituisce riproduzione autorizzata dalla norma in parola. La Corte ricorda anche che – secondo quanto si legge nei punti 80 e 81 della decisione UsedSoft – in caso di vendita della copia di un programma per elaboratore acquistato e scaricato dal primo acquirente sul sito Internet del titolare del diritto, il subacquirente di tale copia, che è un acquirente legittimo ai sensi dell'art. 5, par. 1, della dir. 91/250, ha il diritto, ai sensi di tale disposizione, di scaricare sul suo computer questa copia, poiché anche questo atto rappresenta una riproduzione necessaria per consentirgli un uso del programma conforme alla sua destinazione.

La Corte riconosce tuttavia che le circostanze del caso Ranks sono diverse da quelle del caso UsedSoft, giacché nel caso Ranks il soggetto accusato di violare i diritti d'autore ha commercializzato su Internet copie di programmi su supporti fisici non originali, rispetto ai quali non è ragionevole presumere che si tratti di programmi inizialmente comprati e scaricati sul sito Internet del titolare del diritto. Nonostante ciò, la Corte sostiene anche che la situazione dell'acquirente legittimo della copia di un programma, venduta e registrata su un supporto fisico originale deteriorato, distrutto o smarrito appare comparabile – sotto il profilo dell'esaurimento dei diritti – a quella dell'acquirente legittimo della copia di un programma per elaboratore comprata e scaricata su Internet.

Questo significa, secondo la Corte, che l'acquirente legittimo di una copia di un programma per elaboratore, titolare di una licenza d'uso illimitata, ma che non dispone più del supporto fisico originale, perché distrutto, deteriorato o smarrito, non può essere privato della possibilità di vendere d'occasione detta copia a un terzo, a meno di non frustrare l'effetto utile dell'esaurimento del diritto di distribuzione. Di qui la conclusione che – secondo i principi espressi da UsedSoft – l'acquirente deve poter scaricare il programma dal sito Internet del titolare del diritto d'autore, poiché ciò costituisce una riproduzione necessaria di un programma per elaboratore che gli consente un uso conforme alla sua destinazione. Ma questo può accadere – secondo la Corte – solo a condizione che il venditore renda inutilizzabile qualsiasi copia in suo possesso al momento della vendita, al fine di evitare la violazione del diritto esclusivo del titolare alla riproduzione ai sensi dell'art. 4, lett. a) della direttiva. Il tutto con la precisazione che spetta all'acquirente di una licenza d'uso illimitata della copia di un programma per elaboratore d'occasione (che avvalendosi della

regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione, scarica una copia di tale programma sul suo computer dal sito Internet del titolare del diritto) dimostrare di aver legittimamente acquisito tale licenza.

Tutto questo porta la Corte a pronunciare il principio di diritto secondo cui

«Gli articoli 4, lettere a) e c), e 5, paragrafi 1 e 2, della direttiva 91/250/CEE, del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, devono essere interpretati nel senso che, sebbene l'acquirente iniziale della copia di un programma per elaboratore accompagnata da una licenza d'uso illimitata abbia il diritto di vendere d'occasione tale copia e la sua licenza a un subacquirente, egli non può, per contro, allorché il supporto fisico originale della copia che gli è stata inizialmente consegnata è deteriorato, distrutto o smarrito, fornire a tale subacquirente la sua copia di riserva senza l'autorizzazione del titolare del diritto».

Il principio espresso dalla Corte nella decisione finale è dunque nel senso che il detentore legittimo di una copia del programma concessogli in licenza illimitata – e che si trova nelle condizioni indicate nella precedente decisione resa nel caso *UsedSoft* (o *Oracle*) – sebbene possa rivendere a terzi la copia (tangibile o intangibile) del programma e trasferire, insieme alla copia, anche la relativa licenza, non può invece conseguire il medesimo risultato trasferendo al suo acquirente la cosiddetta “copia di riserva”, ossia quella realizzata dal licenziatario originario in sostituzione della copia originale che si era nel frattempo deteriorata o danneggiata.

Questa sentenza parrebbe dunque a prima vista confermare la volontà della Corte – già manifestata nella sentenza *Oracle* – nel senso di limitare, in caso di licenza, gli effetti dell'esaurimento al solo diritto di distribuzione della copia originale dell'opera, escludendo ogni altro diritto o facoltà (sulla questione dell'esaurimento delle facoltà comprese nel diritto di autore si vedano, per la dottrina straniera, BECKER, *Zur Dogmatik de Erschoepungsgrundstzes im digitalen Urheberrecht*, in *UFITA*, 2015, p. 687 e ss.; GANEA, *Oekonomische Aspekte der urheberrechtlichen Erschoefung*, in *GRUR Int.*, 2005, Heft 5, p. 102 e ss; DETERMANN, *Dangerous Liasons – Software combination as derivative works? Distribution, Installation and executuon of linked programs under copyright law, commercial licenses and the GPL*, in *Berkley tech. Law Journal*, 2006, p. 1421 e ss.). Tuttavia, nel punto 50 della motivazione della sentenza *Ranks*, la Corte specifica anche che il legittimo utilizzatore – se il supporto fisico originale viene danneggiato o si deteriora – ha diritto di scaricare una nuova copia “originale” del programma dal sito del titolare del *software*, giacché questa

operazione è necessaria per consentirgli l'uso del programma conforme alla sua destinazione (dunque, in sostanza, che questo secondo *download* dell'opera rientra nel novero delle cosiddette libere utilizzazioni consentite al legittimo utilizzatore). Il che lascia supporre che – secondo la Corte – questa seconda copia “originale” rilasciata dall'autore (a differenza della copia di riserva “autoprodotta” dal licenziatario) possa invece, in quanto appunto “originale”, essere rivenduta a terzi in presenza delle condizioni indicate da UsedSoft con contestuale ed automatico trasferimento della licenza al cessionario della copia.

Questa considerazione ridimensiona non di poco la portata “riduttiva” dell'affermazione contenuta nel principio di diritto enunciato dalla Corte, dal momento che il legittimo utilizzatore – in caso di copia deteriorata o distrutta – dovrà solo aver cura di acquisire dal titolare (gratuitamente e senza che il titolare possa opporsi) una nuova copia immateriale del programma: copia che potrà a quel punto legittimamente rivendere a terzi insieme alla relativa licenza, facendo sorgere per l'effetto in capo a quei terzi il diritto di scaricare a loro volta il programma originale dal sito internet del titolare. Dunque, in sostanza (e per quanto interessa in questa sede), Ranks conferma in realtà UsedSoft/Oracle, senza aggiungere nulla di significativo.

2. – *I principi enunciati nella sentenza sul caso UsedSoft di fronte al problema dei software non destinati a larga diffusione*

La sentenza resa nel caso Oracle (che viene solitamente indicato nei commenti come caso “UsedSoft”) ha avuto ampia eco ed è stata salutata positivamente da una parte dei primi commentatori [NICHOLSON, “*Old Habits Die Hard?: UsedSoft v Oracle*” in *Scripted*, Vol. 10, Issue 3, October 2013, p. 389 e ss.; VINJE, MARSLAND & GÄRTNER, *Software Licensing After Oracle v. UsedSoft*. in *Computer Law Review International*, 2013, 13 (4), pp. 97-102; MAŠA SAVIČ, *The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law*, (2015) 37 E.I.P.R., Issue 7, p. 414 e ss.; MARRELLA, *Libera circolazione del software usato nel mercato interno e qualificazione contrattuale europea: alcune riflessioni sul caso Oracle*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2015, 1, p. 105 e ss.; ROSATI, *Software usato ed esaurimento: un approccio poco soft in Usedsoft*, in *Dir. aut.*, 2013, p. 1 e ss.; MELIS, *Diritto d'autore in internet: vera rivoluzione o partita ancora aperta?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 607 e ss.], che – in alcuni casi – hanno mostrato di ritenere che la Corte avrebbe in realtà in quella decisione enunciato un principio generale in forza del quale – in presenza di qualunque licenza illimitata di *software* (specie quando al

momento della stipulazione della licenza vi è il pagamento di un prezzo che remunera l'intero valore della copia dell'opera oggetto di concessione in licenza) – il licenziatario, per effetto dell'esaurimento del diritto di distribuzione, beneficerebbe in ogni caso di un diritto di rivendere liberamente a terzi la copia del *software* (diritto che – in realtà, come conferma il punto 34 della motivazione di Ranks – si sostanzia in un diritto di trasferire a terzi la licenza insieme alla copia dell'opera), alla sola condizione che il licenziatario originario – dopo la cessione – non utilizzi a sua volta l'opera [in questo senso, ad esempio, RIVARO, *L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale dei contenuti protetti*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, p. 1149 e ss. Anche MARRELLA, *op. cit.*, p. 136 sostiene che la sentenza Oracle avrebbe “aperto” il mercato della rivendita dei *software* usati (senza fare alcuna distinzione tra *software consumer* e programmi realizzati in unico esemplare e customizzati sulle esigenze di un singolo cliente), salvo poi plaudire al fatto che – di questa apertura – potranno beneficiare “milioni di consumatori e utenti”, dunque facendo supporre che, in realtà, l'autore in questione non si sia posto il problema dell'esistenza di mercati (e dunque di interessi meritevoli di tutela) differenti rispetto a quello dei *software* standardizzati destinati ad un uso *consumer* o, quanto meno, ad un uso da parte di una pluralità indeterminata di utenti].

Senonché, esaminando in dettaglio la motivazione della decisione Oracle, si ha piuttosto l'impressione che questo diritto di cessione sia in realtà subordinato anche alla sussistenza di alcuni requisiti “impliciti” (nel senso che si tratta di requisiti che non sono stati espressamente enunciati nel principio di diritto, ma che nondimeno lo fondano) di cui occorre dunque tenere conto quando si tratta di definire i limiti di operatività del principio indicato dalla Corte.

Il primo e più importante di questi limiti è rappresentato dal fatto che, per aversi esaurimento, il contratto di licenza, secondo la Corte, deve prevedere una forma di corrispettivo che – in Oracle – viene testualmente definita come

«prezzo diretto a consentire a quest'ultimo (il licenziante, *n.d.a.*) di ottenere una remunerazione corrispondente al valore economico della copia della propria opera».

Questo suggerisce che il principio dell'esaurimento operi nel modo indicato da Oracle solo nei casi in cui la singola copia dell'opera abbia – per il licenziante – un valore di scambio differente rispetto all'opera stessa. Il che accade tipicamente nei casi – che non a caso formano oggetto delle

fattispecie su cui hanno provveduto sia Oracle che Ranks – di *software* preconfezionati dal titolare e che vengono concessi in licenza su base non esclusiva ad una pluralità indistinta (e spesso numerosa) di soggetti in forza di contratti *standard* e tramite canali di vendita (distribuzione o *online*) che non implicano trattativa individuale sulle condizioni di licenza: soggetti che – dunque – non pagheranno mai al titolare, ciascuno, una somma che remunera l'intero sviluppo del programma, bensì solo una parte di quel valore, ossia quello appunto che remunera la singola copia che possono utilizzare. Diversamente accade nel caso di programmi *software* specificamente customizzati per un cliente (ossia programmi che rappresentano un adattamento alle specifiche esigenze del cliente di una base applicativa già esistente) ovvero nel caso di *software* realizzati su commissione del cliente. Programmi che – per lo più si tratta di *software* di automazione aziendale ovvero gestionali – dopo essere stati creati e/o adattati vengono concessi in uso solo al cliente stesso (o a pochi soggetti, comunque collegati al cliente).

In simili casi appare più difficile riconoscere quella stretta analogia tra licenza e compravendita, che pare aver ispirato la dottrina Oracle, nella misura in cui la Corte – ai fini dell'esaurimento del diritto – ha mostrato in ultima analisi di voler trattare come compravendita su un bene (la copia dell'opera) quella che le parti avevano deciso invece di stipulare come una licenza sull'opera incorporatavi. Tutto questo fa sorgere degli interrogativi circa il fatto che – di fronte ad un contratto di licenza che abbia per oggetto un *software* customizzato o realizzato in unica copia per soddisfare le esigenze di un unico e ben definito utente/licenziatario e concesso in licenza a quest'ultimo (o a pochi soggetti ad esso collegati) sulla base di una trattativa individuale delle condizioni di licenza – possano davvero essere applicati, tali e quali, i principi enunciati da Oracle e da Ranks.

3. – *L'esaurimento del diritto in caso di licenza su software in opera unica realizzato su commissione o "customizzato": la questione del corrispettivo*

Nella prospettiva dunque di una verifica della "tenuta" dei principi espressi da Oracle e Ranks anche nei casi da ultimo descritti, si potrebbe pensare che l'analogia, invece che con la compravendita, possa ravvisarsi con l'appalto. Anche qui peraltro – quanto meno di primo acchito – verrebbe da dire che, siccome il committente nell'appalto acquista la proprietà dell'opera realizzata per suo conto, anche il licenziatario di un'opera "customizzata" o realizzata per suo esclusivo utilizzo dovrebbe essere trattato come se ne fosse il committente (e dunque, a lavoro ultimato, il

proprietario), potendo beneficiare – anche in caso di concessione dell’opera in sola licenza illimitata – dell’esaurimento del diritto di distribuzione della copia dell’opera, con successivo diritto di sua “rivendita” a terzi senza il consenso del licenziante.

Sennonché, le cose non stanno esattamente in questi termini, giacché – nel caso di *software* di questo genere e a differenza di quanto accade nei casi di appalto volto alla creazione di beni materiali – vi è un diverso interesse meritevole di tutela in capo al licenziante (ed appaltatore) che vuole riservarsi il diritto di concedere licenze non esclusive su opere “uniche”. Ci si riferisce all’interesse che – come si è anticipato – si sostanzia nella possibilità di utilizzare comunque la stessa opera per realizzare altre versioni *custom* per altri clienti ovvero *software* differenti a livello di compilazione e/o interfaccia, ma fondati almeno in parte sugli stessi algoritmi dell’opera precedente. E di questo interesse occorre tenere conto, di guisa che l’analogia con l’appalto di opere “materiali” non pare del tutto soddisfacente. A tale riguardo va aggiunto, in senso contrario, che la cessione della licenza a un terzo grazie all’eventuale applicazione dell’esaurimento sulla copia (in questo caso unica) dell’opera originale – implicando un passaggio al terzo di licenza che solitamente non è esclusiva e che resta dunque non esclusiva anche quando “passa” al subacquirente – non metterebbe in realtà in pericolo l’interesse del licenziante a poter usare quella versione del programma per realizzare opere simili da dare in licenza a terzi. Dunque l’applicazione del principio di esaurimento non danneggerebbe – anche in questi casi – il titolare dei diritti di autore. E questo potrebbe significare che l’interesse che giustificava l’esaurimento nei casi trattati da Oracle e Ranks potrebbe prevalere anche in questi casi.

Nonostante ciò, occorre pur sempre considerare che le decisioni della Corte – sia nel caso Oracle che nel caso Ranks – hanno preso in considerazione, come ipotesi di possibile esaurimento, casi in cui il corrispettivo per la licenza a tempo indeterminato era stato pattuito in una somma predefinita e predeterminata dal licenziante, non soggetta in alcun modo al variare dei risultati economici del licenziatario (sulla rilevanza della struttura del corrispettivo ai fini dell’individuazione dell’ambito applicativo del principi espressi nella sentenza Oracle si ritrova uno spunto in MARRELLA, *op. cit.*, p. 135). Si tratta della situazione che si verifica tipicamente con i programmi standardizzati e ad alta tiratura, in cui il licenziatario “compra” l’uso a tempo indeterminato del programma (nonché – eventualmente – l’accesso ad eventuali *upgrade* e *release* successive) pagando una somma iniziale fissa e/o una somma ricorrente su base periodica, ma anch’essa predeterminata dal licenziante in modo fisso e, soprattutto,

del tutto svincolata rispetto ai risultati economici del licenziatario. Insomma: in tutti e due i casi che hanno dato luogo alle sentenze in commento il prezzo della licenza era stato predefinito *a priori* dal licenziante, a quanto consta, senza tenere conto dei vantaggi in termini concorrenziali che l'uso del programma avrebbe recato all'attività professionale del licenziatario.

Qualora dunque il corrispettivo previsto a fronte della licenza illimitata e non esclusiva sia – quanto meno in parte – proporzionato al fatturato o all'utile del licenziatario (o alle loro variazioni), ci si troverebbe di fronte ad un caso che appare diverso rispetto a quelli trattati in passato dalla Corte. In simili casi non avremmo infatti più a che fare con una licenza che “somiglia da vicino” ad una compravendita (o – nel caso di opera unica realizzata su commissione o customizzata – a un appalto), bensì avremmo a che fare con una licenza che somiglia a ... una licenza. Dato allora che in relazione alle licenze tra imprenditori (anche se illimitate e non esclusive) che prevedono un corrispettivo a *royalty* nessuno ha sinora pensato mai di sollevare questioni di esaurimento del diritto dinanzi alla Corte di Giustizia, occorre molta (direi doppia) cautela nel ritenere che la dottrina Oracle possa essere invocata anche per casi in cui la licenza non esclusiva e illimitata – da un lato – riguarda un *software* customizzato o realizzato in unica (o pochissime) copia su commissione e ad uso interno del licenziatario o di imprese ad esso collegati e – dall'altro lato – prevede un corrispettivo che, almeno in certa misura, tiene conto dei risultati imprenditoriali del licenziatario stesso.

4. – *Il problema del diritto del subacquirente a porre in essere tutte le condotte che gli consentono un uso del programma di seconda mano che sia conforme alla sua destinazione*

L'estensione immediata della dottrina Oracle/Ranks ai casi descritti in precedenza è tuttavia ostacolata anche da un diverso ordine di considerazioni. Considerazioni che derivano essenzialmente dal fatto che, nella sentenza resa nel caso Oracle, la Corte ha affermato che il diritto di uso dell'opera “ceduto” insieme alla copia corrisponde esattamente alla stessa licenza di cui beneficiava il cedente. Licenza che, secondo quanto prevedono le norme sulle libere utilizzazioni del *software*, include automaticamente tutto quanto “consente un uso conforme alla sua destinazione” del programma di seconda mano da parte del subacquirente: il che – secondo Oracle – include anche l'obbligo di garantire al subacquirente l'accessibilità immediata a tutte le nuove *release* o *patch* del programma, non appena rilasciate.

Senonché – ancora una volta – si tratta di ragionamento che funziona bene solo nelle ipotesi di *software* standardizzati. Che sia infatti Tizio piuttosto che Caio a scaricare un *software* autoinstallante destinato ad operare con un certo sistema operativo *standard* (nonché a scaricare sul suo *computer* le eventuali *patch* o nuove *release* del programma, anch'esse autoinstallanti), non fa alcuna differenza per il titolare dell'opera, in quanto non implica la necessità per quest'ultimo di intervenire “singolarmente” (ossia a favore del singolo utente) sul codice sorgente del programma concesso in licenza al fine di consentirne il corretto funzionamento anche sui sistemi del cessionario del supporto fisico.

Molto diversa è la situazione in caso di *software* customizzati o realizzati *on demand* per le esigenze di un certo cliente e destinati dunque a essere installati sui sistemi informatici di quest'ultimo (o di pochi altri soggetti collegati a questi). In simili casi, infatti, passare dall'*hardware* del licenziatario a quello del subacquirente implica, perché il programma continui a funzionare correttamente (specie in presenza di nuove *release* o *patch*), la necessità di condurre una lunga e complessa serie interventi *ad hoc* (tecnicamente definiti implementazioni) sul codice sorgente del programma stesso: interventi che non erano certo (previsti e, dunque) stati remunerati in anticipo del corrispettivo pagato dal licenziatario originario (specie nel caso in cui si tratta di una licenza a fronte del pagamento di *lump sum*). I programmi customizzati o realizzati su commissione, sono infatti per definizione appositamente creati e studiati dopo aver verificato i sistemi e le basi di dati dello specifico licenziatario. Consentire dunque in simili casi l'esaurimento secondo i principi di Oracle significa (a meno di non voler svuotare di ogni effetto pratico il trasferimento della copia dell'opera) ammettere che esiste un diritto del subacquirente a farsi “riadattare” (gratis) il programma dal licenziante. Il che pare davvero poco giustificabile. E tutto questo senza contare che qualunque “adattamento” a un diverso ambiente di installazione o a una diversa base di dati finirebbe per far diventare il programma una nuova versione dell'opera oppure, quanto meno, un'opera derivata, dunque un'opera distinta rispetto a quella originariamente concessa in licenza (e in relazione alla quale dunque – a questo punto – non si potrebbe neppure a rigore sostenere che si siano esauriti i diritti).

Tutto questo per dire che – a voler ammettere l'esaurimento anche in questi casi – occorrerebbe escludere quanto meno che il nuovo licenziatario possa pretendere dal licenziante che quest'ultimo gli “riadatti” gratis il *software*. Quel che tutt'al più l'esaurimento potrebbe implicare in simili ipotesi è allora molto meno, ossia che il licenziante non possa opporsi a

che il terzo decompili il programma per adattarlo egli stesso ai propri sistemi operativi e alle proprie basi di dati. Ammettere tuttavia che l'esaurimento del diritto di distribuzione sulla copia dell'opera implichi – implicitamente – anche un esaurimento dei diritti (ben più “pesanti” in termini concorrenziali e soggetti a maggiori restrizioni – anche ai sensi delle norme sulle libere utilizzazioni – rispetto al semplice diritto di distribuzione di una copia dell'opera) di decompilazione e di elaborazione dell'opera; ammettere tutto questo – dicevamo – è un “doppio passo” che – sinceramente – pare azzardato condurre (quanto meno in assenza di una previa espressa presa di posizione della Corte sulla specifica questione). E ciò anche tenendo conto del fatto che, se in *Ranks* la Corte non ha ritenuto coperto dall'esaurimento neppure il “modesto” diritto di trasmissione al terzo della copia di *backup*, qui si tratterebbe di concedere al subacquirente molto di più, vale a dire il diritto di decompilazione e di rielaborazione dell'opera.

Va aggiunto sul punto che – nei contratti di cui si discute – il regime dell'accesso al codice sorgente è solitamente disciplinato rigorosamente nel senso di non consentire al licenziatario – salve le libere utilizzazioni previste da norme inderogabili – di accedere e operare autonomamente sui codici sorgente, il cui contenuto forma solitamente oggetto anche di forti clausole di riservatezza. Questo rende ancora più difficile sostenere che – al passaggio della copia dell'opera – il diritto di “adattare” l'opera alle proprie esigenze possa sorgere in capo all'acquirente della copia dell'opera per effetto del passaggio in capo a quest'ultimo del contratto di licenza: se neppure il titolare originario poteva per contratto intervenire sul codice sorgente se non nei limiti strettamente consentiti dalla legge, perché mai dovrebbe poterlo fare il subacquirente della copia dell'opera?

Per giungere ad un simile risultato occorre che quel diritto di accesso ai sorgenti – non potendo derivare dalla licenza trasferita insieme alla copia dell'opera – venga fondato su un titolo differente. Titolo che potrebbe essere ricercato nelle libere utilizzazioni. È possibile ad esempio pensare alle ipotesi di cui all'art. 64 *ter* della nostra legge sul diritto di autore: norma che però – al primo comma – ammette il patto contrario (che come abbiamo visto solitamente in questo genere di contratti c'è), mentre – quanto al secondo caso previsto dalla disposizione in parola – non è affatto pacifico – secondo la dottrina – che la fattispecie includa anche un implicito diritto di decompilazione, pure se finalizzato a perseguire gli scopi indicati dalla norma (sulla questione v. l'ampia trattazione di GUGLIEMETTI, *Analisi e decompilazione dei programmi*, in *La legge sul software – commentario sistematico*, a cura di L.C. Ubertazzi, Milano 1994, p. 152 e ss.).

In particolare, resterebbe assai difficile giungere a sostenere che le libere utilizzazioni ammettono la decompilazione del *software* addirittura quando essa serve a terzi per realizzare opere derivate senza il consenso del titolare dell'opera originale. Dunque – se la licenza originaria vietava simili condotte – resta davvero poco spazio in questo senso.

Tutto questo porta nuovamente a concludere che un simile diritto (ossia il diritto di accesso al codice sorgente e di elaborazione autonoma dell'opera) a favore dell'acquirente della copia del *software* cedutagli dall'originare legittimo detentore può – di nuovo e a sua volta – essere fondato solo sul principio di esaurimento (sostenendo cioè che non concedere questo diritto significherebbe non consentire all'esaurimento del diritto di distribuzione di operare correttamente a favore del subacquirente). Ma – di nuovo – per giungere a tanto – occorrerebbe che la Corte lo dicesse espressamente, dopo aver soppesato le notevoli differenze che corrono tra queste ipotesi e quelle che già hanno formato oggetto in passato delle sue pronunce precedenti nei casi Oracle e Ranks.

5. – *Spunti per una soluzione della questione dell'esaurimento dei diritti di autore in relazione ai software realizzati on demand o customizzati*

Nel senso di fornire appunto qualche indicazione per la possibile soluzione della questione dell'esaurimento dei diritti di autore in relazione alle licenze a tempo illimitato concesse su *software* realizzati *on demand* o customizzati (e solitamente realizzati in unica copia o in pochissimi esemplari, concessi in uso ad un ristretto numero di utenti); in tale senso – dicevamo – assumono rilievo (al fine di ipotizzare che l'esaurimento o non operi o che – se operasse – non potrebbe estendersi sino a consentire la decompilazione del programma ai fini di adattamento dell'opera alle esigenze del subacquirente) alcune considerazioni svolte dalla dottrina che in Italia ha studiato, seppure ormai qualche anno fa, la questione in modo approfondito (SARTI, *Esaurimento ed utilizzazione economica*, in *La legge sul software – commentario sistematico*, a cura di L.C. Ubertazzi, cit., p. 84 e ss.).

L'autore in questione sostiene infatti – sulla base di argomenti largamente condivisibili – che l'esaurimento operi al fine di tipizzare in modo inderogabile il diritto di esclusiva in tutti i casi in cui il titolare – attraverso il negozio con cui dispone del diritto – persegue lo scopo di aumentare il numero dei beni protetti disponibili sul mercato. Inoltre, in presenza di negozi assimilabili alla compravendita (ma che pure abbiano veste formale di licenza) e riguardino programmi per elaboratore, l'autore sottolinea che esiste un oggettivo affidamento del mercato nel senso che l'oggetto del

negozio, una volta entrato in commercio, possa essere rivenduto liberamente.

Visto allora che – nei casi di cui discutiamo – in realtà la copia del *software* è solitamente una sola o pochissime (e viene direttamente installata dallo sviluppatore sui sistemi IT del cliente e dei soggetti ad esso collegati) spesso in realtà non abbiamo a che fare con un “bene” materiale (il supporto) che viene trasferito, con la conseguenza che – in simili casi – l’esaurimento, se vogliamo farlo operare, dovrebbe in realtà avvenire anche in presenza di un negozio che ha come scopo obiettivo l’aumento del numero di soggetti che sono autorizzati ad utilizzare l’opera. Il che tuttavia non dovrebbe fare troppa differenza in quanto il diritto di stabilire le dimensioni di disponibilità della tecnologia informatica (che è il contenuto tipico dell’esclusiva autorale sul *software*) può essere ottenuto non solo aumentando la quantità di beni in circolazione, ma anche diffondendo l’opera in modi diversi (in tal senso sempre SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano 1996, p. 307 e 308). Nei casi di cui stiamo parlando, peraltro, applicando la dottrina Oracle alla licenza quel numero resterebbe limitato a un unico soggetto – l’acquirente – anche in seguito alla cessione al terzo della relativa licenza (ovviamente ammettendo – come richiedono sia Oracle che Ranks – che il primo legittimo utilizzatore non usi più a sua volta il *software*). Il che porterebbe a ritenere che anche in questi casi possano valere i principi indicati da Oracle con riferimento ai diritti di distribuzione delle copie (in questo senso, anche se non affrontando lo specifico argomento, pare esprimersi, RIVARO, *cit.*).

Ci si può tuttavia chiedere se – in relazione a licenze di questo genere – resta verificato un altro dei fondamenti del principio dell’esaurimento, rappresentato dalla possibilità di ritenere esistente un obiettivo affidamento del mercato nel senso che la licenza possa circolare liberamente dopo la prima immissione in commercio.

Quando si ha a che fare con *software* customizzati o creati *on demand* sui quali il titolare ritiene di riservarsi la titolarità dei diritti di autore – dunque con concessione in licenza dell’opera ad un solo e ben definito soggetto (o a pochissimi soggetti posti sotto il controllo del licenziatario o collegati ad esso) – esiste certamente un interesse meritevole di tutela del licenziante che viene soddisfatto dai limiti soggettivi della licenza (e – dunque – dal divieto di cessione a terzi della licenza) sul codice oggetto. Ci si riferisce all’interesse del creatore del *software* a evitare che terzi a lui non graditi possano entrare in possesso del *know how* realizzativo di base (algoritmi e *routine*) contenuto nel codice sorgente dell’opera e che, vista l’esistenza di una sola copia (o di pochissime copie) dell’opera che sono in

possesto di un solo (o di pochissimi) soggetti, potrebbe essere ricavato da un terzo – mediante normali operazioni di decompilazione [va a tale riguardo segnalato la decompilazione ormai può essere svolta in automatico da appositi programmi in cui viene inserito il codice oggetto da decompilare e che – alla fine delle operazioni – producono una immagine del codice sorgente (più o meno fedele all'originale a seconda degli accorgimenti a suo tempo utilizzati al programmatore del *software* originale per mascherare le righe di comando di cui si compone il sorgente)] – esclusivamente entrando in possesso del codice oggetto dell'opera stessa (dunque dell'unica o delle pochissime copie di quel codice che sono state concesse in uso ad un solo licenziatario o a pochissimi licenziatari). Questo interesse alla riservatezza dei codici sorgente viene dunque soddisfatto nelle licenze di questo genere in due modi: sia – se il contratto di licenza già prevede così – mediante un divieto per il licenziatario di accedere al codice sorgente e sia – qualora un diritto di accesso al licenziatario venga concesso – facendo in modo che quel diritto resti circoscritto a quest'ultimo e non possa estendersi ad alcun terzo diverso dal licenziatario e prevedendo a carico di quest'ultimo una serie di stringenti obblighi di riservatezza.

In entrambi questi casi non pare tuttavia che la struttura negoziale scelta dalle parti per il negozio di prima immissione in commercio del diritto di sfruttamento dell'opera sia tale da poter fondare un oggettivo affidamento del mercato nel senso che il diritto di usare quel programma “circoli liberamente”. E questo per il fatto che – in entrambi i casi – il diritto di esaurimento finirebbe per vanificare l'interesse meritevole di tutela (e ben noto sia al mercato che ai concorrenti) del titolare a conservare la riservatezza sul codice sorgente dell'opera, limitando l'accessibilità agli algoritmi e ai codici sorgente del programma mediante l'imposizione di stretti limiti alla circolazione dell'unico esemplare (o dei pochissimi esemplari) del corrispondente programma in formato eseguibile e prevedendo clausole di riservatezza a carico del licenziatario nei casi in cui questi può accedere ai codici sorgente.

Questo significa allora che – nel primo caso – l'eventuale subacquirente della copia dell'opera non potrebbe invocare l'esaurimento – sostenendo che si tratti di attività necessaria per consentirgli l'uso del programma secondo la sua normale destinazione – al fine di fondare un proprio autonomo diritto a decompilare l'opera senza il consenso del titolare. Quel programma era infatti oggettivamente destinato sin dall'inizio a non essere decompilato per effetto di uno specifico interesse in tal senso del titolare dei diritti di autore su di esso, ben noto alle parti (oltre che corrispondente

ad un generale ed obiettivo interesse degli operatori di settore del mercato interessato). Ma neppure nel secondo caso il subacquirente potrebbe sostenere che – ricevuta la copia del codice oggetto dell’opera – “passi” a lui anche la parte della licenza che consentiva al primo titolare la decompilazione. E ciò in quanto in questo genere di contratti l’identità del licenziatario assume – in vista della tutela della sicurezza e riservatezza del codice sorgente – un oggettivo valore per il licenziante, tale dunque da non consentire la creazione di affidamenti obiettivi nel mercato sulla libera trasferibilità, insieme al possesso di un esemplare dell’opera in formato eseguibile, dei diritti di accesso al codice sorgente dell’opera.

Tutto questo per dire che in presenza di programmi creati *on demand* ovvero modificati appositamente per essere concessi in uso ad un solo soggetto (o a una ristrettissima cerchia di soggetti, solitamente appartenenti allo stesso gruppo di imprese o comunque posti sotto il controllo del licenziatario) – quando l’identità del licenziatario può essere ritenuta essenziale (o quanto meno rilevante) ai fini dell’avvenuta concessione della licenza (e questo tipicamente accadrà – in vista della tutela del *know how* contenuto nel codice sorgente – quando la licenza include clausole che limitano l’accesso al codice sorgente o pongono in relazione ad esso obblighi di riservatezza a carico del licenziatario, ma potrebbe anche ritenersi implicito nel fatto stesso che il licenziante ha inserito nel contratto delle clausole per porre limiti alla circolazione delle pochissime copie dell’opera rese disponibili al licenziatario) – ci troviamo in un caso diverso da quello che formava oggetto della sentenza Oracle proprio sotto il profilo della creazione degli affidamenti nel mercato nel senso di una libera circolazione dei programmi: nei casi che formavano oggetto delle decisioni Oracle e Ranks, infatti, i problemi di cui si è detto per definizione non si ponevano, trattandosi di *software* standardizzati e destinati dallo stesso titolare ad essere concessi in licenza indistintamente a qualunque cliente disposto a pagare ed il cui codice oggetto – dunque – era stato *ab origine* destinato, per libera scelta imprenditoriale del soggetto che lo aveva sviluppato e commercializzato, ad essere disseminato sul mercato in moltissime copie.

Tutto questo dovrebbe portare allora ad ammettere che, nei casi che qui stiamo considerando, anche se la licenza è stata concessa a tempo indeterminato e anche se è stato pattuito un corrispettivo che remunerava interamente in anticipo tutte le prestazioni del licenziante, nondimeno – in presenza di clausole contrattuali che limitano la circolazione dell’opera e delle relative conoscenze a terzi (e *a fortiori* quando non sia stato pattuito alcun diritto di accesso al codice sorgente a favore di terzi diversi dal primo licenziatario) – la licenza potrà legittimamente restare “vincolata” al primo

licenziatario, senza cioè che l'esaurimento possa essere invocato *a posteriori* per consentire il passaggio a terzi del diritto di utilizzo del programma (e, in particolar modo, l'accesso al suo codice sorgente, pure se questo accesso fosse necessario al subacquirente per poter far funzionare correttamente il programma in caso di acquisto del possesso dell'eseguibile).

Quello che differenzia le due ipotesi è infatti il valore che per il licenziante – nel contesto contrattuale e di mercato – assume (ad esempio in termini di riservatezza sul *know how* contenuto nei sorgenti) la specifica identità del licenziatario che si trova a sfruttare un'opera realizzata in unica copia (o in pochissime copie affidate all'uso di soggetti conosciuti): valore che – se risulta obiettivamente dall'assetto negoziale definito nelle clausole del contratto e/o dalla prassi di mercato per quel genere di contratto – si traduce appunto nel venire meno dell'obbiettivo affidamento del mercato a che l'opera in licenza sia stata destinata a (e dunque possa) circolare liberamente dopo la prima immissione in commercio.

Questa considerazione induce a concludere, su un piano ancora più generale, che ogniqualevolta, valutando in concreto il complesso delle clausole contrattuali, è possibile supporre che il titolare dei diritti di autore sul programma – che pure abbia posto dei limiti alla circolazione dell'opera – non abbia attribuito rilevanza all'identità dei licenziatari (come accade appunto per i *software* standardizzati e disseminati in moltissime copie del tipo di quelli oggetto dei casi “Oracle” e “Ranks”), il suo diritto si esaurirà nei termini indicati da Oracle anche se il contratto era strutturato, quanto al corrispettivo, come una licenza [in questo senso si veda ad esempio MELI, *Le clausole di appartenenza del software alle software house*, in AIDA 2004, p. 345, ove l'a. indica alcuni elementi sintomatici, tra cui non rientra la struttura del corrispettivo, che dovrebbero far supporre che, per il titolare del software, non sia “contrattualmente rilevante” l'identità del licenziatario (con conseguente operare dell'esaurimento), quali ad esempio: *a*) che la commercializzazione avvenga attraverso internet o canali di grande distribuzione e non con trattativa caso per caso; *b*) che il licenziante non conosca neppure l'identità del licenziatario; *c*) che il licenziatario possa distruggere il programma senza recare alcun danno al licenziante; *d*) che la restituzione del programma alla fine della licenza non risponda ad alcun interesse meritevole di tutela del licenziante].

Qualora invece si possa ritenere, sempre in concreto, che dietro alla decisione del titolare di limitare la circolazione dell'opera vi sia un interesse meritevole di tutela (ad esempio appunto quello a non far cadere in mani ritenute meno affidabili il *know how* contenuto nel codice di un programma realizzato in unico esemplare e destinato all'utilizzo da parte

di un solo e ben definito soggetto e/o da pochissimi altri soggetti a questo collegati), si dovrebbe concludere che – qualora il titolare si sia riservato il diritto di proprietà intellettuale sull'opera (e dunque l'abbia concessa in licenza) – anche se la licenza è a tempo indeterminato e anche se il corrispettivo è stato pattuito in una *lump sum*, l'esaurimento non potrà essere invocato per consentire al licenziatario la cessione a terzi della disponibilità del *software* e della relativa licenza senza il consenso del titolare.

Ridotta all'osso (e a voler semplificare forse troppo), la tesi qui sostenuta potrebbe riassumersi nell'affermazione secondo cui – quando vi sono motivi oggettivi per ritenere che una certa licenza di *software* sia connotata da un *intuitus personae* con riferimento al soggetto che, in forza della licenza, ottiene la materiale disponibilità del programma – la dottrina Oracle non dovrebbe poter trovare applicazione, anche qualora il diritto di uso sia stato concesso a tempo indeterminato (o – per meglio dire – fino a scadenza dei diritti di autore) e dietro pagamento di un corrispettivo che remunera una *tantum* (o ratealmente, ma in modo svincolato dai risultati economici dell'attività del licenziatario) le prestazioni del licenziante.

Ad analoga conclusione si può peraltro pervenire anche per altra via, ossia (non percorrendo la strada “negoziale” della buona fede e dagli affidamenti, bensì) muovendo dalla funzione economica del monopolio garantito dal diritto di esclusiva. Ancora una volta paiono condivisibili in particolare le indicazioni fornite da Sarti (SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano 1996, p. 341 e ss., in parte riprese da anche RICOLFI, *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, in AIDA 2004, p. 358 e ss., in particolare p. 375) circa il fatto che le licenze di *software* assumono in realtà una “pelle” differente a seconda del fatto che il programma che ne forma oggetto rappresenti o meno un fattore di affermazione concorrenziale per il licenziatario.

Nel caso in cui questo non si verifichi (come avviene non solo per i programmi destinati al consumo privato – come i videogiochi – ma anche per programmi standardizzati – del tipo dei *word processor* o dei fogli elettronici – in relazione ai quali esistono diverse alternative standardizzate sul mercato a disposizione del licenziatario, dunque scegliere l'uno o l'altro programma non fa una grande differenza in termini di successo concorrenziale dell'attività del licenziatario), l'autore – quanto stipula una licenza sull'opera invece di una compravendita della copia del programma – persegue esclusivamente un interesse monopolistico (dunque non meritevole in sé di tutela) a controllare il numero delle copie disponibili sul mercato, di guisa che – una volta ottenuta la remunerazione per quella singola copia

– essa dovrebbe poter circolare liberamente, considerando che lo scopo dell'esaurimento è proprio quello di evitare che il titolare possa usare l'esclusiva per ottenere una ulteriore remunerazione a fronte di una costanza del numero di copie dell'opera presenti sul mercato.

Diversamente accade quando la disponibilità dello specifico programma adattato alle sue esigenze rappresenta, per il licenziatario, un fattore differenziale di affermazione concorrenziale (il che accade tipicamente – appunto – con i *software* gestionali customizzati o in quelli di automazione aziendale realizzati per adattarsi alle esigenze e ai sistemi del cliente). In questi casi, infatti, l'interesse perseguito dal licenziante non è quello monopolistico di determinare il numero di copie del programma presenti sul mercato, bensì quello di individuare le modalità più proficue (e più sicure, aggiungiamo noi) di attuazione della tecnologia informatica che viene elaborata e incorporata nel programma. Di qui la conclusione che anche queste modalità di sfruttamento devono rientrare nell'oggetto del diritto esclusivo del titolare, con conseguente possibilità di determinarle liberamente nel contratto (e – dunque, ad esempio – di limitare lo sfruttamento dell'opera al solo licenziante o a pochi altri soggetti ad esso collegati) senza che possa ostarvi il principio di esaurimento. Del resto, come di nuovo nota l'autore da ultimo citato e come si diceva in precedenza, questa conclusione non viola alcun affidamento dei terzi, giacché – in relazione a questo genere di programmi – la prassi del mercato (per le ragioni che sono state ampiamente indicate in precedenza) è assolutamente nel senso di ritenere ammissibili e leciti i limiti all'uso da parte di terzi del *software* concesso in licenza.

6. – *Sintesi conclusiva*

Le considerazioni esposte nelle pagine precedenti non hanno alcuna pretesa di esaustività e nemmeno intendono approfondire tutti gli aspetti di una questione tanto complessa (e per certi versi sfuggente) quale è quella dell'esaurimento delle diverse facoltà che compongono il diritto di autore sul *software*, in relazione al diverso atteggiarsi delle clausole contenute nei relativi contratti di licenza sugli eseguibili e/o sui sorgenti e ai diversi mercati e/o destinatari cui il programma viene concesso in utilizzo da chi lo ha sviluppato.

Lo scopo del presente lavoro è – molto più semplicemente – evidenziare appunto tali margini di complessità, soggiungendo che proprio queste complessità dovrebbero suggerire una attenta riflessione – magari partendo dagli spunti interpretativi di questo lavoro – prima di giungere troppo frettolosamente alla (apparentemente logica) conclusione secondo

cui il principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia dell'UE nei casi Oracle e Ranks – essendo stato enunciato in termini generali – potrebbe essere utilizzato dai giudici nazionali degli stati membri per negare al titolare dei diritti di autore il diritto di porre dei limiti di circolazione dell'opera anche in caso di licenza di programmi customizzati e/o realizzati su commissione e destinati ad essere utilizzati da un numero ristretto e specifico di utenti (questo sembra infatti essere l'equivoco in cui potrebbero essere incappati alcuni tra i commentatori della sentenza Oracle, come meglio specificato *supra*). In questi casi, infatti, esistono diversi e fondati argomenti per sostenere che l'esaurimento non dovrebbe invece operare (o – quanto meno – che non potrebbe operare nello stesso modo indicato in Oracle e Ranks), con la conseguenza che – di fronte ad un caso di questo tipo – il giudice nazionale investito della questione dovrebbe (almeno) rimettere nuovamente la questione alla Corte di Giustizia (se non addirittura decidere da sé in senso opposto rispetto ai precedenti comunitari, applicando quegli stessi principi *a contrario* sulla base di un cosiddetto *distinguishing*).

MARK BOSSHARD

SAGGI

GIORGIO RESTA

La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali

SOMMARIO: 1. L'economia dell'immateriale e la successione nei beni e rapporti digitali. – 2. I problemi coinvolti e le soluzioni emergenti. – 3. Il modello successorio: l'esperienza tedesca. – 4. Il modello personalistico. – 4.1. La riforma francese. – 4.2. La riforma italiana. – 5. Il modello dell'autonomia privata.

1. – Il regime dei dati personali e degli altri beni digitali nella fase successiva alla morte del soggetto costituisce uno degli argomenti oggi maggiormente dibattuti nel quadro del diritto dell'economia digitale ⁽¹⁾.

Le corti sono spesso chiamate a confrontarsi con controversie attinenti all'accesso o al riuso dei dati, personali e non, conservati nelle piattaforme ⁽²⁾. A questo tema sono stati dedicati di recente svariati saggi e alcuni volumi monografici, di impronta non soltanto giuridica, ma anche sociologica, economica e antropologica ⁽³⁾. Le associazioni di categoria delle varie professioni giuridiche hanno pubblicato diversi rapporti e *position papers* di ampio respiro ⁽⁴⁾. Lo stesso legislatore è intervenuto in diversi paesi (eu-

⁽¹⁾ NEMETH –MORAIS CARVALHO, *Digital Inheritance in the European Union*, in *EuCML*, 2017, p. 253.

⁽²⁾ Per un'analisi degli ultimi sviluppi giurisprudenziali, v. G. RESTA, *Personal data and digital assets after death: a comparative law perspective on the BGH Facebook ruling*, *EuCML*, 2018, p. 201-205; MACKENRODT, *Digital Inheritance in Germany*, in *EuCML*, 2018, 41.

⁽³⁾ Tra i saggi recenti di più ampio respiro v. BOCK, *Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses*, in *AcP*, 217 (2017), p. 370; EDWARDS-HARBINJA, *Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, in *32 Cardozo Arts & Ent. L.J.* 83 (2013); MCCALLIG, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, in *Int.'l J. L. & Tech.* 1 (2013); GROFFE, *La mort numérique*, in *D.*, 2015, chr., n. 28; CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 65; nonché, volendo, G. RESTA, *La morte digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 891. Tra i volumi non strettamente giuridici si segnala STEINHART, *Your Digital Afterlives. Computational Theories of Life After Death*, Basingstoke-New York, 2014.

⁽⁴⁾ V. ad es. *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass*, n. 34/2013, Berlin, 2013;

ropei e extraeuropei) per definire un primo quadro di regole applicabili alla successione nei beni e nei rapporti digitali ⁽⁵⁾.

L'importanza pratica assunta dalle questioni appena evocate è riconducibile a una precisa serie di fattori di natura socio-economica:

- una porzione preponderante della ricchezza nelle economie contemporanee è oggi costituita da beni immateriali ⁽⁶⁾. Di conseguenza, la massa ereditaria è destinata ad attrarre al suo interno in misura sempre crescente *assets* intangibili, rendendo ineludibile la definizione di una serie di regole chiare che governino la devoluzione di tali beni ⁽⁷⁾;

- le odierne tecnologie dell'informazione e della comunicazione fanno sì che una massa enorme di dati personali persista oltre la vita del soggetto, tendenzialmente per un periodo illimitato di tempo (secondo alcune stime circa 10.000 titolari di account *Facebook* muoiono ogni giorno; 312.000 ogni mese; il 5% degli account esistenti attengono a "zombie" digitali) ⁽⁸⁾; da parte degli utenti della rete si fa sempre più insistente la pretesa al controllo di tali informazioni nella fase post-mortale, quale logica proiezione del diritto alla protezione dei dati personali ⁽⁹⁾.

- tali dati sono conservati e trattati da intermediari professionali, sicché non soltanto essi esulano dalla disponibilità materiale di eredi e congiunti, ma sono anche oggetto di una riserva contrattuale da parte del professionista ⁽¹⁰⁾; tale riserva – che stabilisce sovente l'intrasmissibilità *mortis causa* delle situazioni giuridiche in discorso – si trova spesso a confliggere con i principi fondamentali del diritto delle persone e del diritto delle successioni, e di qui il proliferare di controversie.

Consiglio Nazionale del Notariato, Password, *credenziali e successioni mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG.

⁽⁵⁾ V. *infra*, par. 4-5.

⁽⁶⁾ HASKAL-WESTLAKE, *Capitalism Without Capital. The Rise of the Intangible Economy*, Princeton, 2017.

⁽⁷⁾ In tema cfr. CONWAY-GRATTAN, *The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death*, in *Modern Studies in Property Law: Volume 9*, edited by Conway-Hickey, Oxford, 2017, 99 ss.; LUDYGA, *'Digitales Update' fuer das Erbrecht im BGB?*, in ZEV, 2018, 1; v. anche WATKINS, *Digital Properties and Death: What Will Your Heirs Have Access to After You Die?*, 62 *Buffalo L. Rev.* 193 (2014); PERRONE, *What Happens When We Die: Estate Planning of Digital Assets*, 21 *CommLaw Conspectus* 185 (2012); PINCH, *Protecting Digital Assets After Death: Issues to Consider in Planning For Your Digital Estate*, 60 *Wayne L. Rev.* 545 (2014); e già ZOPPINI, *Le 'nuove proprietà' nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 185.

⁽⁸⁾ G. RESTA, *La morte digitale*, cit., 894.

⁽⁹⁾ BUITELAAR, *Post-mortem privacy and informational self-determination*, 19 *Ethics Inf. Technol.* 129 (2017).

⁽¹⁰⁾ BANTA, *Inherit the Cloud: The Role of Private Contracts in Distributing or Deleting Digital Assets at Death*, 83 *Fordham L. Rev.* 799 (2014).

- l'“economia politica della morte” nell'era dell'informazione è connotata dallo sviluppo di una serie di servizi economicamente lucrativi (servizi di messaggeria e gestione delle *password*; memoriali *on line*; servizi di ricreazione dell'identità del defunto attraverso tecniche di intelligenza artificiale, etc.), i quali hanno determinato una crescente *commodification* dei dati e dell'identità digitale del defunto ⁽¹¹⁾;

- la cultura della micro-celebrità esaltata dalla rete Internet ha condotto ad una sorta di ‘democratizzazione’ dei conflitti attinenti alla sfera post-mortale: mentre nel passato le controversie attenevano quasi esclusivamente alla tutela degli interessi delle persone note (dall'attrice Rachel ⁽¹²⁾, al Cancelliere Bismarck ⁽¹³⁾, al Presidente Mitterand ⁽¹⁴⁾), oggi lo sviluppo dell'industria ha reso qualsiasi individuo la fonte di un flusso di dati particolarmente appetibile per il mercato, con l'effetto di una significativa “granularizzazione” delle ipotesi di violazione e tutela giuridicamente rilevanti.

2. – Se la sinergia dei suddetti fattori spiega agevolmente perché il tema della “morte digitale” si sia di recente imposto all'attenzione del giurista teorico e pratico, più difficile è stilare un quadro di principi e soluzioni sufficientemente condivisi. Le difficoltà derivano da molteplici ragioni.

Innanzitutto, v'è il dato fenomenologico costituito dall'elevata eterogeneità dei beni e delle situazioni giuridiche coinvolti. La nozione di ‘eredità digitale’ (e i suoi corrispondenti “*digital inheritance*” e “*Digitaler Nachlass*”), come generalmente impiegata in letteratura, è molto ampia e i suoi confini non sono suscettibili di agevole demarcazione ⁽¹⁵⁾. Tra i beni e i rapporti che ad essa vengono più comunemente ascritti si annoverano i seguenti: *a)* documenti digitali *offline*; *b)* contenuti immessi e conservati

⁽¹¹⁾ ÖHMAN-FLORIDI, *The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry*, in *27 Minds and Machines* 639 (2017).

⁽¹²⁾ Trib. civ. Seine, 16 giugno 1858, in *D.*, 1858, III, p. 62.

⁽¹³⁾ RG, 28-12-1899, *GRUR*, 1900, p. 196, con nota di KOHLER, *Zum Autorrecht und Individualrecht. Der Fall der Bismarckphotographie*.

⁽¹⁴⁾ Cass., 14 dicembre 1999, in *D.*, 2000, jur., 372, con nota di BEIGNIER; Eur. Ct. H. R., 18-5 2004, App. N. 58148/00, *Éditions Plon v. France*.

⁽¹⁵⁾ Sul punto v. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, cit., 73, la quale riconduce a tale nozione il «fenomeno della successione nelle attività e nelle posizioni del *de cuius* collegate alla produzione e al controllo dei suoi dati personali e delle sue risorse, quanto gli uni e le altre si presentano in formato digitale e/o collegati ad un rapporto giuridico con un fornitore di servizi ascrivibile alla categoria degli Internet Service Providers»; MARINO, *La 'successione digitale'*, in *ODCC*, 2018, 167 ss., p. 169.

nei *social media*; c) messaggi di posta elettronica e comunicazioni *chat*; d) profili *online* personali e professionali; e) *avatars* e dati relativi a giochi virtuali; f) *accounts*; g) *files* conservati attraverso servizi di *cloud computing*; h) criptovalute; i) nomi di dominio ⁽¹⁶⁾. Stante la disomogeneità interna della categoria, si è suggerito di distinguere due principali classi di beni, in funzione della connotazione prevalentemente patrimoniale (come le criptovalute e i contenuti protetti da diritti di proprietà intellettuale) o personale (messaggistica *email* e *chat*, profili di *social network*) delle situazioni coinvolte ⁽¹⁷⁾. In linea astratta, tale demarcazione contribuirebbe ad apportare maggiore chiarezza concettuale e a offrire una griglia ordinata per l'analisi e la soluzione dei problemi applicativi in oggetto. Ne deriverebbe, in particolare, una netta diversificazione di statuto e regole applicabili tra le fattispecie successorie a carattere meramente patrimoniale (come nel caso delle criptovalute e dei beni protetti da diritti di proprietà intellettuale, eccezion fatta per le opere protette dal diritto d'autore) e quelle che coinvolgono beni e rapporti direttamente interferenti con le situazioni della persona, e in primo luogo i dati personali ⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, è necessario osservare che le suddette categorie hanno un'effettiva utilità solo in quanto idealtipi. Nella realtà, i confini tra le due classi si rivelano ben più permeabili e sovrapponibili di quanto si possa supporre in astratto, da un lato perché la dimensione personale e quella patrimoniale delle informazioni sono sovente inscindibilmente correlate ⁽¹⁹⁾, dall'altro perché nella realtà digitale il medesimo contenente può indifferentemente ospitare contenuti patrimoniali e contenuti personali (si pensi soltanto a un *account* di posta elettronica). Di conseguenza, modelli analitici e soluzioni flessibili appaiono preferibili rispetto a schemi concettuali apparentemente più lineari e rigorosi, ma spesso incapaci di offrire una valida lente per la comprensione della realtà.

In secondo luogo, è fonte di non pochi problemi l'attrito che viene inevitabilmente a determinarsi tra la logica regolativa sottesa al funziona-

⁽¹⁶⁾ V. in proposito MAESCHAECK, *Digital Inheritance in Belgium*, in *EuCML*, 2018, 37, alla p. 38.

⁽¹⁷⁾ Per il modello teorico v. HOEREN, *Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers*, in *NJW*, 2005, p. 2113; MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, in *JZ*, 2012, p. 1145.

⁽¹⁸⁾ V. ad es. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, cit., p. 75 ss.

⁽¹⁹⁾ Sul punto sia consentito rinviare a G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 245; e v. ora anche MARINO, *La "successione digitale"*, cit., p. 188.

mento delle maggiori piattaforme digitali, la quale risponde prevalentemente a esigenze tecnologiche e di *business*, e il linguaggio e il *modus operandi* del diritto. Per di più, tale frizione è acuita dalla coesistenza tra il carattere transnazionale del mercato, al quale si rivolgono tali piattaforme e l'impronta prettamente locale della relativa struttura organizzativa e regolamentare. È un dato ben noto, infatti, che le maggiori piattaforme digitali hanno sede o origine negli USA, e da tale ordinamento riprendono sia la cultura gestionale, sia la conformazione istituzionale ⁽²⁰⁾. Da ciò discendono tuttavia numerose ragioni di conflitto, atteso non soltanto che le condizioni generali di contratto contengono sovente clausole incompatibili con norme imperative del diritto europeo (si pensi soltanto alle clausole di scelta del foro competente e della legge applicabile) ⁽²¹⁾, ma anche che la cultura giuridica nordamericana muove da una lettura delle finalità e dei limiti del sistema di tutela della persona molto diversa e sotto vari profili incompatibile con quella stratificatasi nel continente ⁽²²⁾.

Per questi ed altri motivi non è facile rispondere al quesito, che occupa il giurista teorico e pratico, su chi sia titolare di un potere di controllo (declinabile secondo le varie forme di appartenenza) su dati personali e contenuti digitali nella fase post-mortale.

3. – All'interrogativo appena formulato sono state offerte diverse risposte, varianti sia in funzione dei formanti coinvolti, sia del loro contenuto. Se in alcuni ordinamenti sono state approntate specifiche discipline volte a governare il fenomeno della successione digitale, in altri il silenzio del legislatore ha rimesso l'iniziativa al formante giurisprudenziale. Sia nell'uno sia nell'altro caso, si è fatto ricorso a opzioni regolatorie che combinano in vario modo tre principali modelli: *a)* il modello successorio; *b)* il modello personalistico; *c)* il modello dell'autonomia privata.

Il primo modello muove da una lettura in senso lato proprietaria dei beni immateriali compresi nel patrimonio del soggetto e si propone di verificare in che modo il diritto delle successioni iscritto nei codici civili classici possa essere adattato alla realtà dell'economia digitale ⁽²³⁾. Un

⁽²⁰⁾ In tema, per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare a G. RESTA, *Digital Platforms under Italian Law*, in *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträge*, a cura di Blau-rock, Schmidt-Kessel e Erler, Baden-Baden, 2018, p. 99 ss.

⁽²¹⁾ ZENO-ZENCOVICH e GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, *Concorrenza e mercato*, 2016, 29, p. 49; LOOS, *Standard terms for the use fo the Apple App Store and the Google Play Store*, *EuCML*, 2016, p. 10.

⁽²²⁾ V. *infra*, par. 4.

⁽²³⁾ Cfr. LUDYGA, *'Digitales Update' fuer das Erbrecht im BGB?*, in *ZEV*, 2018, 1.

saggio particolarmente istruttivo delle potenzialità – ma anche dei limiti – dell’approccio successorio è offerto da una recente, importante, pronunzia del *Bundesgerichtshof* tedesco, che rappresenta la prima decisione di una corte suprema in Europa sul tema della morte digitale ⁽²⁴⁾.

Essa ha ad oggetto la richiesta di accesso ai contenuti dell’account *Facebook* rivolta alla piattaforma da parte dei genitori (ed eredi) di una ragazza minorenni deceduta in seguito a un tragico incidente nella metropolitana di Berlino, dovuto probabilmente a suicidio. I genitori intendevano prendere cognizione dei contenuti presenti nell’*account* della figlia, al fine di comprendere meglio la natura dell’incidente e preconstituirsì alcuni strumenti di prova nell’ipotesi di un’azione di responsabilità promossa nei loro confronti da parte del conducente del treno, il quale lamentava uno shock nervoso sofferto in conseguenza dell’evento. Tuttavia, l’*account* era stato “memorializzato” in seguito alla notifica della scomparsa della donna, e pertanto, ad avviso di Facebook, non sarebbe stato più possibile modificarlo, né accedervi.

Convenuta in giudizio di fronte al *Landgericht* di Berlino, Facebook si difendeva sostenendo che: *a*) l’*account* non era suscettibile di trasmissione *mortis causa* in base alle *policy* aziendali, nonché alle condizioni generali di contratto alle quali l’utente aveva spontaneamente aderito al momento dell’attivazione del servizio; *b*) in ogni caso Facebook non avrebbe potuto rivelare i contenuti delle comunicazioni, essendo tenuta a uno specifico obbligo di non divulgazione sulla base della legge tedesca sui media telematici; *c*) la tutela postuma della personalità del defunto, così come il dovere di rispetto della confidenzialità delle informazioni imposto dalla normativa sul trattamento dei dati personali, avrebbero impedito la divulgazione a terzi dei dati conservati nel profilo utente.

La richiesta dei genitori, accolta in primo grado con una pronunzia coerente e ben motivata del *Landgericht* di Berlino ⁽²⁵⁾, è stata respinta in grado di appello dal *Kammergericht* ⁽²⁶⁾, che ha attribuito un peso preponderante al dovere di confidenzialità prescritto dalla disciplina dei media telematici. Con una pronunzia resa nel luglio 2018, il *Bundesgerichtshof* ha cassato la pronunzia di appello, affermando il diritto degli eredi ad ottenere l’accesso all’*account Facebook* della figlia defunta ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ BGH, 12-7-2018, III ZR 183/17, in *ZIP*, 2018, 1881; in *WM*, 2018, 1606.

⁽²⁵⁾ LG Berlin, 17-12-2015, in *DNotZ* 2016, 537, con nota di GLOSER; in *ZEV* 2016, 189.

⁽²⁶⁾ KG Berlin, 31-5-2017, A.Z. 21 U 9/16, in *FamRZ*, 2017, 1348.

⁽²⁷⁾ BGH, 12-7-2018, cit.

Rinviamo per un'analisi di dettaglio alle note di commento già apparse nelle principali riviste tedesche ed europee ⁽²⁸⁾, converrà limitarsi a segnalare i tre punti fondamentali del ragionamento della Corte.

In primo luogo, la soluzione adottata è prevalentemente basata sulle regole in materia di successioni *mortis causa* e non sulla disciplina dei diritti della personalità o dei dati personali. Ciascuno di tali aspetti è debitamente preso in considerazione e discusso nelle sue implicazioni, ma non rappresenta il fondamento ultimo del rimedio accordato agli attori. La Suprema Corte tedesca muove dall'assunto per cui i rapporti giuridici relativi a beni immateriali pertengono al patrimonio del *de cuius* e sono suscettibili di trasmissione ereditaria ⁽²⁹⁾. In particolare, dal principio di universalità della successione (§ 1922 BGB) si fa discendere la conseguenza che un *account* di *social network*, al pari di tutte le altre posizioni contrattuali, è suscettibile di devoluzione e acquisto *mortis causa* ⁽³⁰⁾. Nessuna valida obiezione può essere desunta dalla particolare natura dei beni coinvolti, che includono dati personali e non ⁽³¹⁾. In contrasto con la posizione assunta da una parte minoritaria della dottrina tedesca ⁽³²⁾, la Corte esclude che dati e informazioni di natura personale siano sottratti a successione e destinatari di una tutela indiretta a carattere fiduciario da parte dei prossimi congiunti (come nel caso delle norme in materia di tutela post-mortale dell'immagine). A riprova, vengono espressamente richiamate le disposizioni del *BGB* concernenti l'acquisto dell'eredità (§§ 2373 e 2047), dalle quali si evince chiaramente che le carte e i ricordi di famiglia ricadono nella massa ereditaria, nonostante il loro carattere eminentemente personale ⁽³³⁾. Di conseguenza, i genitori della

⁽²⁸⁾ V. in particolare WUSTHÖF, *Germany's Supreme Court Rules in Favour of "Digital Inheritance"*, in *EuCML*, 2018, p. 205; HEINTZ-LUDYGA, *Endlich Rechtsklarheit beim digitalen Nachlass? Das 'Facebook-Urteil' des BGH*, in *JURIS*, 2018, 11, p. 398; PEIFER, *Zugang für die Erben gesichert, aber viele Fragen offen: Das BGH-Urteil zu Hinterlassenschaften*, in <https://verfassungsblog.de/zugang-fuer-die-erben-gesichert-aber-viele-fragen-offen-das-bgh-urteil-zu-digitalen-hinterlassenschaften/>.

⁽²⁹⁾ BGH, 12-7-2018, par. 18.

⁽³⁰⁾ BGH, 12-7-2018, par. 22. Circa la trasmissibilità *mortis causa* delle posizioni contrattuali si veda in luogo di molti F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in G. Bonilini, a cura di, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 525 ss.

⁽³¹⁾ Sul punto BOCK, *Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses*, p. 393.

⁽³²⁾ Tra gli altri v. HOEREN, *Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers*, in *NJW*, 2005, 2113; MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, in *JZ*, 2012, 1145.

⁽³³⁾ BGH, 12-7-2018, par. 49.

ragazza hanno diritto ad ottenere l'accesso al complesso delle comunicazioni racchiuse nell'*account* della figlia, in quanto successori nell'integralità dei rapporti attivi e passivi della donna, e dunque anche nel contratto atipico di utilizzazione del *social network*, e non invece quali legittimati *iure proprio* o su base fiduciaria alla tutela della personalità della figlia ⁽³⁴⁾.

In secondo luogo, la Corte mostra piena consapevolezza dei limiti intrinseci di una soluzione di stampo prettamente successorio, ed in particolare della sua permeabilità agli atti abdicativi. Difatti, è comunemente ammesso che i contraenti possano liberamente escludere la trasmissibilità delle pretese contrattuali ⁽³⁵⁾. Ciò risponde sovente all'interesse di entrambe le parti. Tuttavia, nel campo dei rapporti digitali, dove sussiste una forte asimmetria di potere negoziale tra le piattaforme e gli utenti, v'è un serio rischio che, lasciando libero gioco all'autonomia privata, si realizzi la prospettiva di una generalizzata "intrasmissibilità contrattuale" ⁽³⁶⁾. In altri termini, è reale il pericolo che i fornitori dei servizi *on line* si assicurino, tramite la regola contrattuale formalmente condivisa da entrambe le parti, una preziosa miniera di dati e contenuti digitali, liberamente sfruttabili dopo la morte del soggetto ⁽³⁷⁾. Pertanto, non si può che salutare con favore il rigore osservato dalla Corte nel sindacare la validità delle rinunzie contrattuali. Non soltanto si richiede la prova che tali clausole siano effettivamente confluite nel perimetro del programma negoziale accettato da entrambi i contraenti; il che nel caso in esame era dubbio, atteso che la *policy* di "memorializzazione" non era esplicitata nelle condizioni generali di contratto, bensì nella *help section* del sito in oggetto ⁽³⁸⁾. Soprattutto, esse devono riflettere un'equa distribuzione dei diritti e degli obblighi e, in particolare, non devono avvantaggiare unilateralmente una parte a detrimento dell'altra. Nella specie, le clausole in oggetto non riescono a superare il vaglio contenutistico operato dalla Corte alla stregua del § 307, par. 1 e 2, BGB ⁽³⁹⁾. Difatti, la *policy* di memorializzazione svantaggia l'utente in maniera sproporzionata, in quanto determina una modifica retroattiva del piano degli obblighi contrattuali gravanti sul professionista e preclude agli

⁽³⁴⁾ Circa le differenti alternative teoriche, v. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 375-389.

⁽³⁵⁾ BOCK, *Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses*, cit., 384; BGH, 12-7-2018, par. 24.

⁽³⁶⁾ HORTON, *Contractual Indescendibility*, 66 *Hastings L.J.* 1047 (2015).

⁽³⁷⁾ Su questo punto si vedano anche le considerazioni di MARINO, *La "successione digitale"*, cit., p. 176.

⁽³⁸⁾ BGH, 12-7-2018, par. 27.

⁽³⁹⁾ BGH, 12-7-2018, par. 29.

eredi l'accesso all'*account*, con ciò neutralizzando il principio di universalità della successione (§ 1922 *BGB*) ⁽⁴⁰⁾. Per di più, la *policy* in oggetto risulta in contrasto con il § 307, par. 2, n. 2 *BGB*, in quanto impedisce il perseguimento delle finalità del contratto ⁽⁴¹⁾ e implica la creazione di una sorta di “cimitero dei dati” (*Datenfriedhof*) ⁽⁴²⁾.

In terzo luogo, la divulgazione delle comunicazioni personali conservate nell'*account Facebook* non è in contrasto con l'art. 88, par. 3, della legge tedesca sulle telecomunicazioni, né con il *GDPR*. Quanto alla prima disposizione, che vieta al fornitore di servizi di telecomunicazione di rivelare il contenuto delle comunicazioni a “terze persone”, essa non è opponibile agli eredi. Difatti, costoro succedono nella posizione giuridica di uno dei soggetti della conversazione, e pertanto non possono essere considerati “terzi” ai sensi di legge (art. 88, par. 3 *TKG*) ⁽⁴³⁾. Quanto al Regolamento generale sulla protezione dei dati, la Corte ricorda innanzitutto che esso non si applica ai dati di una persona defunta. Pertanto, i problemi in punto di tutela dei dati si pongono unicamente in relazione alla controparte della comunicazione ⁽⁴⁴⁾. Per superare l'obiezione avanzata da *Facebook*, secondo cui la piattaforma sarebbe tenuta a un dovere di riserbo, la Corte ha fatto ricorso a due distinti argomenti. Innanzitutto, essa ha invocato il disposto dell'art. 6, par. 1, lett. *b*) del Reg. 2016/679, che ammette il trattamento dei dati qualora questo sia necessario all'esecuzione di un rapporto contrattuale di cui sia parte l'interessato. Assumendo che il contratto di accesso al *social network* sia stato validamente trasmesso agli eredi, può agevolmente concludersi che l'accesso alle informazioni contenute nell'*account* sia lecito, poiché strumentale all'effettivo trasferimento della posizione contrattuale e all'esecuzione delle obbligazioni primarie gravanti sulla piattaforma (fornitura del servizio, conservazione e accesso ai contenuti) ⁽⁴⁵⁾. In secondo luogo, la Corte ha richiamato l'art. 6, par. 1, lett. *f*) del Reg. 2016/679, il quale autorizza il trattamento dei dati personali necessario per il “perseguimento del legittimo interesse” del titolare o di terzi. Atteso che gli eredi, nonché genitori, della donna intendevano accedere all'*account* al fine di apprendere elementi utili ad accertare l'effettiva sussistenza di un proposito di suicidio della figlia,

⁽⁴⁰⁾ BGH, 12-7-2018, par. 29.

⁽⁴¹⁾ BGH, 12-7-2018, par. 30.

⁽⁴²⁾ BGH, 12-7-2018, par. 29.

⁽⁴³⁾ BGH, 12-7-2018, par. 56; sul punto v. BOCK, *Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses*, cit., p. 407.

⁽⁴⁴⁾ BGH, 12-7-2018, par. 67.

⁽⁴⁵⁾ BGH, 12-7-2018, par. 72.

come pure a dotarsi di prove spendibili in una possibile causa di risarcimento dei danni, la comunicazione delle informazioni avrebbe dovuto ritenersi legittima ⁽⁴⁶⁾.

4. – Distinto, ma non necessariamente alternativo al modello successorio, è quello personalistico. Per convenzione, intendo con quest'espressione sia l'approccio strettamente fondato sui diritti della personalità, sia quello sui dati personali, non ignorando però che sulla *ratio* della tutela dei dati personali esistono prospettive teoriche differenti.

Come si accennava in apertura del presente scritto, una delle maggiori difficoltà insite nel governo delle fattispecie successorie aventi ad oggetto contenuti digitali è costituita dal fatto che le maggiori piattaforme digitali sono regolate in maniera conforme alla cultura giuridica e ai vincoli istituzionali posti dal sistema statunitense, trovando queste in prevalenza la loro sede o la loro origine negli USA.

Il primo aspetto su cui è opportuno ragionare, in quest'ottica, è rappresentato dal diverso livello di protezione accordato alla *privacy* postuma dall'uno e dall'altro lato dell'Atlantico. Come si è avuto modo di chiarire più diffusamente in altra sede ⁽⁴⁷⁾, nel diritto USA gode ancora di ampio credito la tesi per cui *actio personalis moritur cum persona*; sicché le azioni a tutela della *privacy* si estinguono – come espressamente si legge nel *Restatement Second of Torts* ⁽⁴⁸⁾ – con la morte del soggetto. Di conseguenza, eredi e congiunti non possono trovare nel sistema di tutela civile della personalità (*rectius*, della *privacy*, quando si discorra del modello USA) ⁽⁴⁹⁾ un valido appiglio da cui desumere un apparato di rimedi inibitori e risarcitori a fini della protezione postuma degli interessi del defunto. Né ad esiti diversi conduce l'analisi della disciplina in materia di protezione dei dati personali. Difatti, a livello costituzionale, il Quarto e il Quattordicesimo Emendamento della Costituzione federale sono stati ritenuti non applicabili alla posizione del defunto ⁽⁵⁰⁾; il *Freedom of In-*

⁽⁴⁶⁾ BGH, 12-7-2018, pars. 80-81.

⁽⁴⁷⁾ G. RESTA, *La morte digitale*, cit., p. 899-900.

⁽⁴⁸⁾ § 652, *Restatement of Torts 2nd* (1977): «*except for the appropriation of one's name or likeness, an action for invasion of privacy can be maintained only by a living individual whose privacy is invaded*».

⁽⁴⁹⁾ V. G. RESTA, *Personnalité, Persönlichkeit, Personality: Comparative Perspectives on the Protection of Identity in Private Law*, in 1 *European Journal of Comparative Law & Governance*, 215 (2014).

⁽⁵⁰⁾ BANTA, *Death and Privacy in the Digital Age*, 94 *North Carol. L. Rev.* 927 (2016), alla p. 940 (anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali).

formation Act e il *Privacy Act* del 1974 sono stati interpretati dalle corti nel senso di escludere che l'interesse alla *privacy* sia meritevole di tutela nella fase post-mortale ⁽⁵¹⁾. Chiaramente ciò implica che, nell'ottica di una piattaforma, il controllo sui dati personali del *de cuius* non trova un limite negli altrui diritti della persona e può essere assunto come 'dotazione' dell'impresa, a meno che l'accordo contrattuale non disponga diversamente.

Diverso, invece, è il punto di partenza degli ordinamenti europei, i quali in larga parte muovono dalla tesi della persistenza di interessi giuridicamente tutelabili in capo ai prossimi congiunti ⁽⁵²⁾. I modelli divergono quanto alla prospettazione dogmatica della legittimazione di tali soggetti, nonché – sia pure in minore misura – alla natura dei rimedi esperibili. I sistemi di area germanica propendono per una legittimazione fiduciaria dei congiunti, che si spiega in ragione di una *Fortwirkung* dei diritti della persona, e segnatamente del dovere di rispetto della dignità del defunto ⁽⁵³⁾. I sistemi di matrice francese, tra cui quello italiano, optano invece per un meccanismo di acquisto *iure proprio* di un diritto nuovo, fondato sul legame familiare con lo scomparso ⁽⁵⁴⁾. Queste differenze, notevoli se osservate nell'ottica del giurista municipale, scolorano quando vengano poste a confronto con il diverso approccio condiviso dai sistemi di *common law*. Qui, come si è detto, si muove dall'assunto dell'estinzione pressoché completa dei rimedi posti a tutela della *privacy* del defunto; per contro, i sistemi continentali realizzano tutti, pur dando a tale effetto una diversa veste dogmatica, una proiezione dell'apparato rimediale oltre il momento della morte.

Ciò implica, per il tema in oggetto, che gli strumenti di protezione della personalità appaiono astrattamente in grado di assicurare una prima forma di controllo sull'identità digitale postuma. A riprova potrebbe citarsi un'interessante pronunzia brasiliana, che ha riconosciuto su questa base il diritto di ottenere la cancellazione del profilo "memoriale" del defunto ⁽⁵⁵⁾.

Strettamente correlato al discorso della tutela della personalità è quello relativo all'applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati

⁽⁵¹⁾ BANTA, *Death and Privacy in the Digital Age*, cit., p. 941-942.

⁽⁵²⁾ G. RESTA, *L'oggetto della successione: i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. succ. e donaz.*, diretto da Bonilini, cit., p. 729 ss.

⁽⁵³⁾ G. RESTA, *L'oggetto della successione: i diritti della personalità*, cit., 736.

⁽⁵⁴⁾ G. RESTA, *L'oggetto della successione: i diritti della personalità*, cit., 735.

⁽⁵⁵⁾ Trib. Campo Grande (Juiz. Esp. Cent., 1 vara), 2-3-2013, *Dolores Pereira Ribeiro Coutinho c. Facebook*, accessibile all'indirizzo www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130424-12.pdf.

personali. In proposito le soluzioni adottate dagli ordinamenti europei sono maggiormente differenziate: la soluzione più restrittiva coesiste con una tendenza, che gode di consensi crescenti, a ricomprendere i dati del defunto all'interno della disciplina del trattamento dei dati personali.

A tal riguardo mette conto rapidamente ricordare che la direttiva 95/46 si applicava soltanto ai dati relativi alle “persone fisiche” e non contemplava espressamente la situazione del defunto. Come chiarito dal Gruppo Art. 29, nell'Opinione 4/2007, l'informazione relativa a persone defunte non avrebbe dovuto ritenersi, ai sensi della direttiva 95/46, un dato personale ⁽⁵⁶⁾. Il GDPR si sofferma espressamente su tale questione nel Considerando 27, ove si legge che il Regolamento non è applicabile ai dati personali di una persona defunta e che gli stati membri hanno la discrezionalità di introdurre norme relativamente a tale fattispecie ⁽⁵⁷⁾.

A livello nazionale, sono state accolte diverse soluzioni. Guardando alla fase successiva all'introduzione della direttiva 95/46, sono i tre i principali modelli regolatori che emergono dall'osservazione comparatistica ⁽⁵⁸⁾.

Innanzitutto vi sono ordinamenti che escludono espressamente l'applicabilità della normativa in materia di tutela dei dati personali alle informazioni relative a defunti (cfr. ad esempio l'art. 3 della legge svedese ⁽⁵⁹⁾; l'art. 1 (1) della legge inglese ⁽⁶⁰⁾; l'art. 2 (iv) della legge irlandese ⁽⁶¹⁾).

In secondo luogo, vi sono ordinamenti che si astengono dal dettare – a livello legislativo – una soluzione chiara in un senso o nell'altro. In questa prospettiva è rilevante l'esempio tedesco: il *Bundesdatenschutzgesetz* non contempla la fattispecie, ma la dottrina e la giurisprudenza hanno in prevalenza optato per la tesi dell'applicabilità di tale disciplina unicamente ai dati delle persone viventi ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁶⁾ Art. 29 *Data Protection Working Party, Opinion 4/2007, On the concept of personal data*, 01248/07/EN WP 136, alla p. 22.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. i *Considerando* nn. 27, 158, 160.

⁽⁵⁸⁾ Per un panorama dettagliato, v. HARBINJA, *Post-mortem privacy 2.0: theory, law, and technology*, 31 *International Review of Law, Computers & Technology* 26 (2017), alla p. 33.

⁽⁵⁹⁾ Ove si definiscono come “dati personali”: «*all kinds of information that directly or indirectly may be referable to a natural person who is alive*».

⁽⁶⁰⁾ UK *Data Protection Act*, Sect. 1(1) (e), secondo cui sono dati personali i dati «*which relate to a living individual*».

⁽⁶¹⁾ Secondo la Sect. 2 (iv) dell'*Irish Data Protection (Amendment) Act*, si definiscono dati personali «*data relating to a living individual*».

⁽⁶²⁾ In proposito v. BOCK, *Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses*, cit., p. 398-399; LUDYGA, *'Digitales Update' fuer das Erbrecht im BGB?*, in ZEV, 2018, 1; e per una posizione meno restrittiva M.J. HEINEMANN-D. HEINEMANN, *Postmortaler Datenschutz, DuD*, n. 4, 2013, 242.

Infine, un terzo gruppo di ordinamenti propende per un'estensione della tutela, attribuendo ai congiunti, agli eredi o ad altri soggetti il potere di esercitare i diritti dell'interessato dopo la sua morte. In questa categoria si colloca, tra gli altri paesi, l'Italia; mentre la legge francese riconosce agli eredi soltanto il diritto di domandare al titolare del trattamento l'aggiornamento e l'integrazione dei dati, in modo tale da riflettere l'intervenuto decesso dell'interessato ⁽⁶³⁾.

4.1. – Se si prende in considerazione la fase successiva, ed in particolare la normativa di implementazione del Reg. 2016/679, è agevole constatare che il tema della tutela postuma dei dati ha ricevuto in molti ordinamenti una accresciuta attenzione.

L'esempio indubbiamente più significativo è costituito dalla Francia, che ha recentemente approvato una disciplina dettagliata delle "direttive anticipate di trattamento". Come si è pocanzi accennato, l'art. 40, comma 6, della legge *Informatique et libertés* del 1978, come emendata dalla l. n. 2004-801 del 6 agosto 2004, si limitava a prevedere il diritto dei congiunti di richiedere un aggiornamento dei dati del defunto ⁽⁶⁴⁾. In costanza di tale assetto normativo, le corti hanno affermato in diverse occasioni che i diritti dell'interessato hanno natura personale e, pertanto, si estinguono al momento della morte ⁽⁶⁵⁾. Di riflesso, i congiunti risultavano sprovvisti di efficaci strumenti di tutela dell'identità digitale del defunto, a meno che non fossero stati in grado di dimostrare la sussistenza di una lesione della propria sfera personale. Al fine di colmare le lacune lasciate aperte da tale assetto regolatorio ⁽⁶⁶⁾, il legislatore è intervenuto nel 2016, nel contesto della più generale legge sulla *République numérique* ⁽⁶⁷⁾. Si è quindi in-

⁽⁶³⁾ V. *infra*, par. 4.1.

⁽⁶⁴⁾ Art. 40, comma 6: «*Les héritiers d'une personne décédée justifiant de leur identité peuvent, si des éléments portés à leur connaissance leur laissent présumer que les données à caractère personnel la concernant faisant l'objet d'un traitement n'ont pas été actualisées, exiger du responsable de ce traitement qu'il prenne en considération le décès et procède aux mises à jour qui doivent en être la conséquence. Lorsque les héritiers en font la demande, le responsable du traitement doit justifier, sans frais pour le demandeur, qu'il a procédé aux opérations exigées en vertu de l'alinéa précédents*». In tema v. METALLINOS, *Accès des héritiers: distinction entre personne intéressée et personne concernée*, *Comm. Comm. Électr.*, 2016, comm. 74.

⁽⁶⁵⁾ CE, 8-6-2016, n° 386525, *RGD on line*, 2016, n° 23948, con nota di COSSALTER; CE, 7-6-2017, n° 399446, M. A. B. c/ CNIL, *CCE*, Oct. 2017, comm. 84, con nota di METALLINOS, *Conditions de l'extension de la notion de personne concernée aux héritiers*.

⁽⁶⁶⁾ Su cui si veda GROFFE, *La mort numérique*, *D.*, 2015, chr., n. 28.

⁽⁶⁷⁾ Art. 63, par. 2, Law 7-10-2016, n. 2016-1321 *pour une République numérique*.

trodotta un'articolata disciplina della "morte digitale" ⁽⁶⁸⁾, racchiusa in nuovo art. 40-1 aggiunto alla legge *Informatique et libertés* ed informata ai seguenti principi:

- i diritti dell'interessato si estinguono di regola con la morte (art. 40-1, comma 1);

- tuttavia, ciascun individuo può stabilire direttive generali o speciali concernenti il trattamento dei propri dati personali *post mortem* (art. 40-1, comma 2);

- le direttive generali di trattamento concernono l'insieme dei dati personali e possono essere depositate presso un *trusted third party* certificato dalla *CNIL* e rese conoscibili attraverso un apposito registro;

- le direttive particolari concernono soltanto le tipologie dati a cui si riferiscono, sono depositate presso il titolare del trattamento coinvolto, e sono efficaci se espresse attraverso un consenso specifico della persona, non potendo in ogni caso risultare dalla sottoscrizione di condizioni generali di contratto;

- tali direttive sono sempre revocabili e possono contenere la designazione di un fiduciario incaricato della loro esecuzione;

- qualsiasi clausola contenuta in condizioni generali di contratto che limiti o escluda le prerogative riconosciute all'interessato in ordine al governo postumo della propria identità digitale si ha per non scritta;

- in assenza di direttive anticipate, gli eredi possono esercitare i diritti dell'interessato al fine di: *a)* dar corso alla vicenda successoria, ed in particolare ottenere le informazioni utili alla ricostruzione del relitto, nonché tutte le comunicazioni e i contenuti oggetto di trasmissione per causa di morte; *b)* regolare gli effetti della morte sul rapporto negoziale con il *social network*, e in particolare disporre la sua prosecuzione o definitiva risoluzione.

4.2. – La disciplina francese, ancora priva di riscontri giurisprudenziali, costituisce uno dei primi esempi di regolamentazione in via legislativa del problema della morte digitale. L'adeguamento degli ordinamenti nazionali al Regolamento 2016/679 ha offerto l'occasione per rimeditare la questione e elaborare analoghi modelli di disciplina, ritagliati sul sistema della protezione dei dati personali. Particolarmente istruttiva, a tal proposito, è la scelta compiuta dal legislatore italiano.

⁽⁶⁸⁾ PÉRÈS, *Les données à caractère personnel et la mort. Observations relatives au projet de loi pour une République Numérique*, D., 2016, p. 90.

Il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101 ha introdotto una nuova disposizione nel Codice in materia di protezione dei dati, l'art. 2-terdecies, specificamente dedicata al tema della tutela post-mortale e dell'accesso ai dati personali del defunto ⁽⁶⁹⁾. Essa si colloca in un'evidente linea di continuità – anche sul piano lessicale – con la disciplina previgente, e in particolare con l'art. 9, comma 3, del d.lgs. 196/2003, ora abrogato ⁽⁷⁰⁾. Al contempo sono presenti forti elementi di novità, che denotano l'intento del legislatore di modernizzarne i contenuti, adeguandone il portato alla realtà del mondo digitale. Se ne illustreranno di seguito i principali.

Innanzitutto, il primo comma della disposizione citata riprende la struttura testuale dell'art. 9, comma 3, del d.lgs. n. 196 del 2003 prevedendo un ampio spettro di legittimati attivi all'esercizio post-mortale dei diritti dell'interessato. Come già in costanza della disciplina previgente, anche qui il legislatore non entra nel merito della vicenda acquisitiva, chiarendo se si tratti di un vero e proprio acquisto *mortis causa* (almeno in alcuni casi) o di una semplice legittimazione *iure proprio* ⁽⁷¹⁾. Ci si limita, invece, a prefigurare una sorta di persistenza (*Fortwirkung*) dei diritti in questione oltre la vita della persona fisica, rilevante soprattutto a livello remediale ⁽⁷²⁾. Le medesime questioni sollevate dalla dottrina in margine all'art. 9, comma 3 si ripropongono, dunque, sostanzialmente invariate. La scelta di fondo di non alterare l'assetto normativo preesistente – una scelta che appare ragionevole, anche in considerazione dell'esigenza di non intaccare la ricca esperienza applicativa stratificatasi, soprattutto nei settori bancario e sanitario ⁽⁷³⁾, anche a costo di riprodurre una norma non priva di difetti sul piano testuale e su quello concettuale – non è tuttavia assoluta.

⁽⁶⁹⁾ Per ragioni di trasparenza è opportuno chiarire che l'autore di queste pagine ha partecipato al Gruppo di Lavoro costituito presso il Ministero della Giustizia e incaricato della predisposizione del decreto legislativo finalizzato all'adeguamento dell'ordinamento interno al Reg. 2016/679.

⁽⁷⁰⁾ Tale disposizione prevedeva che: «i diritti di cui all'articolo 7 riferiti a dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione».

⁽⁷¹⁾ In tema v. ZOPPINI, *Le 'nuove proprietà' nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 185 ss., p. 231; NERVI, *I diritti dell'interessato*, in *Il codice del trattamento dei dati personali*, a cura di Cuffaro, D'Orazio e Ricciuto, Torino, 2007, p. 61 ss., p. 73; PARDINI, *sub art. 13*, II, in *Tutela della privacy. Commentario alla l. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di C.M. Bianca e Busnelli, in *Nuove leggi civ.*, 1999, p. 417-420.

⁽⁷²⁾ Cfr. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, cit., p. 81.

⁽⁷³⁾ Per un'elencazione dei principali provvedimenti e pronunzie in materia v. G. RESTA, *La morte digitale*, cit., p. 914-915, nt. 114, 115 e 116.

Difatti, vi sono due elementi particolarmente innovativi che meritano di essere specificamente segnalati. Il primo consiste nell'estensione del novero dei diritti suscettibili di esercizio post-mortale: la novella include, infatti, anche il diritto alla portabilità dei dati, che a sua volta rappresenta una delle più importanti novità del Reg. 2016/679 (art. 20). Tale estensione si spiega non soltanto con considerazioni di ordine sistematico, ma anche con l'esigenza di far sì che l'intero pacchetto di dati originariamente oggetto di trattamento possa essere riacquisito – anche dopo la morte del soggetto – al patrimonio del dante causa e non rimanga indefinitamente nella disponibilità del titolare (74). Un'esigenza, quest'ultima, che trova un duplice fondamento, sia nel diritto al controllo sulla circolazione dei dati personali, sia nella logica del mercato concorrenziale, che presuppone il contrasto all'effetto di *lock in* conseguente all'impossibilità di recuperare il proprio pacchetto di dati, eventualmente al fine di trasferirlo ad altri titolari (75). Se questa è la *ratio* della disposizione in oggetto, si dovrebbe logicamente limitare in via interpretativa la cerchia dei soggetti legittimati all'esercizio del diritto alla portabilità, restringendola soltanto a chi agisca “a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione”. Ad avviso di chi scrive, sarebbe cioè ragionevole escludere che tale situazione soggettiva possa essere esercitata – a differenza dell'accesso, o dell'integrazione, ad esempio – da parte di chi “ha un interesse proprio” e la cui pretesa non sia fondata su un legame, di natura successoria, familiare o fiduciaria, con il *de cuius*. In tal caso non potrebbe, infatti, ravvisarsi alcuna valida ragione che giustifichi l'acquisto non soltanto di un “diritto a ricevere” i dati personali riferibili al defunto, ma soprattutto di un “diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento”; un diritto, questo, che disvela un vero e proprio “contenuto attributivo” (nel senso di *Zuweisungsgehalt*) tale da far presupporre una vera e propria vicenda successoria o quanto meno una legittimazione fiduciaria che tragga origine da un'espressa manifestazione di volontà del *de cuius* (76). Per quanto osservato, dovrebbe dunque logicamente ritenersi che l'esercizio post-mortale del diritto alla portabilità sia riservato

(74) Per un simile ordine di considerazioni, sia pure in un differente contesto, MAC KENRODT, *Digital Inheritance in Germany*.

(75) Per una siffatta lettura del diritto alla portabilità dei dati, v. JANAL, *Data Portability – A Tale of Two Concepts*, in 8 *JIPITEC* 59 (2017); B.P. PAAL – D.A. PAULY, *Datenschutz-Grundverordnung*, München, 2017, sub § 20, Rn. 4; METALLINOS, *La protection des données au service de l'émancipation du consommateur*, in *CCÉ*, n. 2, 2017, comm. 17.

(76) Sull'ipotesi della legittimazione fiduciaria basata sul mandato *post mortem exequendum* v. *infra*.

agli eredi e/o ai prossimi congiunti (secondo il modello degli artt. 93 e 96 l.d.a.) (77), nonché ai fiduciari del defunto, mentre esso rimane precluso a chi invochi un mero “interesse proprio”.

Tale conclusione permette di evidenziare il secondo elemento di novità della norma, e segnatamente il riferimento, che era assente nella disposizione previgente, al “mandatario” quale soggetto legittimato all’esercizio dei diritti dell’interessato. Un lettore frettoloso o poco avvertito potrebbe ravvisare in tale inciso una svista del legislatore italiano. Così non è. Il legislatore ha preso atto dell’esistenza di una prassi ormai consolidata nel campo dei rapporti *online*, in ragione della quale i soggetti ‘affidano’, generalmente attraverso apposite piattaforme, o sezioni dedicate all’interno dei maggiori *social networks*, le proprie credenziali di accesso, oppure l’intera gestione della propria identità digitale a soggetti di propria fiducia, come amici, parenti o professionisti (78). Tale prassi non è persa, alla dottrina prevalente, confliggere con i principi ordinatori del nostro diritto delle successioni, almeno nei limiti in cui attraverso questi schemi non si provveda all’attribuzione di diritti patrimoniali, poiché altrimenti si incorrerebbe nella violazione del divieto dei patti successori (art. 458 c.c.), ma si appresti unicamente un regolamento per i rapporti afferenti alla sfera della personalità (79). Tecnicamente, gli atti con i quali il *de cuius* provveda ad incaricare un terzo affinché costui compia per suo conto, dopo la morte, determinati atti giuridici, sono riconducibili alla fattispecie del mandato *post mortem exequendum* (80) (o secondo un’altra ricostruzione, non differente nella sostanza, ad un negozio unilaterale atipico, con funzione autorizzatoria ed efficacia *post mortem*) (81). Una fattispecie, quest’ultima, di prevalente matrice dottrinale (82), ma che riceve ora dall’art. 2-terdecies del Codice un espresso suggello normativo, candidando tale schema negoziale a porsi come alternativa efficiente alla – pur sempre possibile (83) – nomina di un esecutore testamentario.

(77) Su cui v. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 396 ss.

(78) G. RESTA, *La morte digitale*, cit., 916 ss.; per un’attenta riflessione sulla nozione di identità digitale, v. ALPA, *L’identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Cont. Imp.*, 2017, 723 ss.

(79) CAMARDI, *L’eredità digitale. Tra reale e virtuale*, cit., p. 84, p. 91-92; e già G. RESTA, *La morte digitale*, cit., p. 919.

(80) *Ibid.*

(81) Così MARINO, *La “successione digitale”*, cit., p. 197.

(82) Cfr. ad es. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Tratt. dir. succ. e donaz.*, a cura di Bonilini, I, cit., p. 27; DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 685.

(83) Sul punto v. CAMARDI, *L’eredità digitale. Tra reale e virtuale*, cit., p. 73, la quale

Completamente nuovi sono, invece, i commi successivi. Essi perseguono l'obiettivo di valorizzare l'autonomia privata, e segnatamente l'autodeterminazione informativa della persona, bilanciandola con l'interesse dei successori e dei terzi. Se il primo comma fissa la regola di *default* – ricavata, come si è detto, dalla normativa previgente – per cui i diritti dell'interessato non si estinguono, ma sono suscettibili di esercizio *post mortem*, il secondo comma introduce opportunamente un duplice limite, costituito rispettivamente dalla norma di legge e dalla contraria intenzione del *de cuius*. Recita il secondo comma: "L'esercizio dei diritti di cui al comma 1 non è ammesso nei casi previsti dalla legge o quando, limitatamente all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, l'interessato lo ha espressamente vietato con dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento o a quest'ultimo comunicata". Se il rinvio alla norma di legge si giustifica con il rilievo che l'ordinamento volta per volta attribuisca a interessi contrastanti con quelli sottesi all'esercizio dei diritti dell'interessato, la valorizzazione della volontà del *de cuius* si rivela opportuna, perché colma una lacuna della disciplina previgente e soddisfa un'istanza chiaramente emersa nella prassi e valorizzata dalla dottrina ⁽⁸⁴⁾.

Nel campo dei servizi della società dell'informazione, al quale la norma è destinata, il ricorso agli strumenti della comunicazione elettronica determina la produzione di una massa di dati che, considerati in via aggregata, possono rivelare i dettagli più intimi e riservati della sfera personale. Pertanto si è avvertita la necessità, riflessa in alcuni casi giurisprudenziali, di lasciare all'individuo stesso la scelta se lasciare agli eredi e ai superstiti legittimati la facoltà di accedere ai propri dati personali e esercitare tutti (o parte) dei diritti dell'interessato, oppure sottrarre tali informazioni all'accesso e alla cognizione di terzi. Una valorizzazione dell'autonomia, questa, che si muove giuspoliticamente nella stessa linea della nuova disciplina delle direttive anticipate di trattamento – la coincidenza terminologica merita di essere sottolineata – nell'ambito della gestione del corpo (l. 22 dicembre 2017, n. 219) ⁽⁸⁵⁾.

riconduce a tale nozione il «fenomeno della successione nelle attività e nelle posizioni del *de cuius* collegate alla produzione e al controllo dei suoi dati personali e delle sue risorse, quanto gli uni e le altre si presentano in formato digitale e/o collegati ad un rapporto giuridico con un fornitore di servizi ascrivibile alla categoria degli *Internet Service Providers*».

⁽⁸⁴⁾ V. MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, cit., 1147 ss.

⁽⁸⁵⁾ Circa tale parallelo non può non richiamarsi il pensiero di Stefano Rodotà, che a più riprese ha rilevato la crescente convergenza di problemi sottesi rispettivamente al go-

Si noti, a questo riguardo, la divergenza degli itinerari percorsi rispettivamente dalla riforma francese e da quella italiana. La prima, muovendo dall'idea dell'automatica estinzione dei diritti dell'interessato al momento della morte (art. 40-1, comma 1, legge *Informatique et libertés*), dedica ampio spazio alle direttive anticipate di trattamento, garantendo al soggetto la possibilità di preservare, attraverso positiva manifestazione di volontà, l'esercizio di tali diritti nella fase post-mortale (art. 40-1, comma 2). La seconda, invece, muove dall'opposta regola della persistenza dei diritti dell'interessato (art. 2-*terdecies*, comma 1, Codice) e perciò imprime alla volontà del soggetto un contenuto prevalentemente negativo, nel senso di escludere o conformare l'esercizio dei diritti di cui agli artt. 15-22 del Regolamento dopo la morte del disponente. L'autodeterminazione informativa, proiettata nella fase post-mortale, può dunque avere un contenuto positivo, là dove prefissi condizioni e modalità di governo dell'identità digitale, ma anche negativo, qualora si esprima nel divieto di accesso e intervento modificativo sui dati personali ⁽⁸⁶⁾.

Il terzo comma riflette la consapevolezza dei rischi che una delega in bianco all'autonomia privata può produrre nel mondo digitale. Come si è ricordato in precedenza, il rapporto con le piattaforme soffre di strutturali asimmetrie informative e di potere negoziale, sicché è opportuno che l'esercizio dell'autonomia privata sia attentamente vagliato e controllato dall'ordinamento perché questo non si traduca in una mera mistificazione ⁽⁸⁷⁾. L'opzione seguita dal legislatore italiano è convergente nella sostanza con quella adottata in Francia, dove si sono posti fermi limiti all'utilizzazione delle condizioni generali di contratto; essa ne diverge, però, per la tecnica prescelta. Il decreto legislativo prescrive, infatti, che «la volontà dell'interessato di vietare l'esercizio dei diritti di cui al comma 1 deve risultare in modo non equivoco e deve essere specifica, libera e informata». Non può sfuggire come il lessico impiegato sia ricalcato sul disposto dell'art. 4, par. 1, n. 11) del Reg. 2016/679; ciò tradisce l'intento del legislatore di sottoporre la manifestazione di volontà proibitiva ai medesimi requisiti sostanziali e formali prescritti dal *GDPR* in relazione al consenso dell'interessato. In particolare, i presupposti della specificità e della libertà del consenso possono operare in funzione di salvaguardia, esclu-

verno del "corpo fisico" e del "corpo elettronico" (v. ad es. RODOTÀ, *Variazioni sulla libertà personale*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, 2005, p. 363 ss.).

⁽⁸⁶⁾ In generale v. BUITELAAR, *Post-mortem privacy and informational self-determination*, cit.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 1 e 2.

dendo che il divieto di esercizio dei diritti dell'interessato sia desumibile dalla semplice sottoscrizione di condizioni generali di contratto e da clausole di rinuncia predisposte unilateralmente dal fornitore del servizio. Su questo, ovviamente, sarà la prassi delle Corti e del Garante a stabilire con precisione i limiti di ammissibilità della contrattazione standardizzata, come già sperimentato, negli ultimi vent'anni, in relazione al consenso dell'interessato ⁽⁸⁸⁾.

Infine, mentre il quarto comma precisa opportunamente che la volontà espressa dall'interessato è sempre suscettibile di revoca o modifica, il quinto comma chiarisce che il divieto in oggetto «non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi». Si tratta di un ragionevole bilanciamento delle posizioni coinvolte (si pensi ad esempio alla posizione di un legittimario pretermesso che intenda esercitare l'azione di riduzione, e al pregiudizio che costui ricaverebbe dall'impossibilità di avere accesso ai dati bancari del *de cuius*), il quale riflette le soluzioni già emerse in sede di applicazione della legge 675/1996 e del Codice in materia di protezione dei dati personali.

5. – Il terzo modello, convenzionalmente definibile come modello dell'autonomia privata, è quello che riscuote il maggior credito sia presso gli operatori del settore, sia presso il legislatore nordamericano. V'è, infatti, una tendenza emergente a sviluppare, anche per ragioni di *business*, interfacce informatiche che agevolino una scelta consapevole del soggetto in ordine alla destinazione delle proprie “tracce” digitali per il tempo successivo alla morte ⁽⁸⁹⁾. Di alcuni dei più diffusi strumenti si è offerta una descrizione dettagliata in altra sede e non è pertanto necessario ripetere quanto già scritto ⁽⁹⁰⁾. È, invece, opportuno segnalare che negli Stati Uniti è stata approntata da parte della *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* una legge-modello (la quale è priva, com'è

⁽⁸⁸⁾ Su cui v. in particolare DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, pp. 44 ss.; THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 513 ss.; nonché, volendo, G. RESTA e ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss., spec. p. 426.

⁽⁸⁹⁾ GUILLEMOT-GOURMELEN, *Quand les entreprises s'emparent de la mort numérique, qui sont les consommateurs potentiels?*, in *Rev. fr. gest.*, 2017, p. 123 ss.; ÖHMAN.FLORIDI, *The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry*, cit.

⁽⁹⁰⁾ G. RESTA, *La morte digitale*, cit., p. 917 ss.

noto, di valore vincolante sino a che non venga trasposta nel diritto dei singoli Stati), la quale ravvisa nella designazione volontaria di un fiduciario lo strumento principale di risoluzione dei conflitti inerenti all'amministrazione dell'eredità digitale ⁽⁹¹⁾. Analoga scelta è stata compiuta nel 2016 in Canada ⁽⁹²⁾.

Secondo il suddetto schema legislativo, l'utente ha facoltà di nominare un fiduciario, attribuendogli il compito di amministrare, disporre, divulgare o eliminare i dati, contenuti digitali e comunicazioni personali riferibili al *de cuius* per la fase successiva alla sua morte ⁽⁹³⁾. Non siamo molto distanti dalla figura del mandato *post mortem*, evocata dall'art. 2-terdecies del Codice, se non fosse per due importanti profili di disciplina che connotano questo testo. Il primo consiste nella previsione espressa per cui, in caso di contrasto tra la designazione fiduciaria effettuata attraverso un *online tool* – il quale assicuri la costante modificabilità e revocabilità della dichiarazione – e quella contenuta in un testamento, in un atto istitutivo di *trust* o altro documento scritto, la prima è destinata a prevalere (Sect., 4, lett. a) ⁽⁹⁴⁾. Il secondo è dato dalla regola per cui, in assenza di una specifica manifestazione di volontà del *de cuius*, la sorte dei dati e dei contenuti digitali è regolata dalle condizioni generali di prestazione del servizio *online* (Sect. 5) ⁽⁹⁵⁾.

Ci si colloca, dunque, su un piano diverso rispetto all'approccio successorio o a quello personalistico, per ciò che la regola contrattuale non trova un limite esterno nelle norme imperative desunte dal diritto delle successioni o dal diritto della protezione dei dati personali. Il che è coerente con le coordinate di fondo del sistema di riferimento, ma non necessariamente in linea con le esigenze di controllo contenutistico dell'autonomia privata evidenziate dalla prassi e riflesse nella già citata pronunzia del *Bundesgerichtshof* tedesco ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹¹⁾ Si tratta del *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*, approvato nel 2015.

⁽⁹²⁾ Uniform Law Conference of Canada, *Uniform Access to Digital Assets by Fiduciary Act* (2016).

⁽⁹³⁾ Per un'analisi approfondita della legge-modello, v. CONWAY-GRATTAN, *The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death*, cit., p. 112-114; MARINO, *La "successione digitale"*, cit., 198 ss.

⁽⁹⁴⁾ Sul punto v. MARINO, *La "successione digitale"*, cit., p. 200.

⁽⁹⁵⁾ *Ibid.*

⁽⁹⁶⁾ *Supra*, par. 3.

ETTORE BATTELLI

Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica

SOMMARIO: 1. Certezza del diritto, razionalità giuridica e affidamento del privato. – 2. Diritto contrattuale ed economia cognitiva. – 3. Il diritto contrattuale dei codici tra pensiero neoclassico e *law & economics*. – 4. L'autonomia contrattuale tra crisi della razionalità economica degli individui e dubbi sul modello di regolazione pubblica. – 5. Alla ricerca di una nuova razionalità quale fondamento della stessa nozione di contratto. – 6. Il paternalismo giuridico nel diritto dei contratti. – 7. La «razionalità imperfetta» e la tutela della libertà dell'individuo. – 8. Declino del modello dell'*homo economicus* e recenti sviluppi del diritto privato europeo. – 9. «Razionalità imperfetta» e finanza comportamentale: errori e rischi. – 10. Riflessioni conclusive.

1. – Certezza del diritto ⁽¹⁾ significa chiarezza, conoscibilità e univocità delle norme, nonché coerente e sollecita applicazione delle stesse da parte delle autorità preposte, in specie dai giudici, al fine di offrire ai consociati una ragionevole sicurezza circa le conseguenze giuridiche discendenti da una condotta o da una situazione ⁽²⁾. L'affidamento riguarda, invece, la ragionevole attesa che una situazione giuridica costituitasi in base all'applicazione delle norme in vigore non subisca mutamenti sfavorevoli a seguito dell'entrata in vigore di nuove norme o del formarsi di una nuova giurisprudenza, incidenti sulla medesima situazione giuridica ⁽³⁾.

Occorre avere riguardo alle situazioni nelle quali un determinato quadro regolatorio voluto dal legislatore sia pensato proprio allo scopo di offrire ai privati, con un orizzonte più o meno esteso nel tempo, una garanzia di permanenza di aspetti capaci di influenzare, in modo quanto-

⁽¹⁾ Per un inquadramento teorico GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 274 ss. e PIZZORUSSO, *Certezza (II. Profili applicativi)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988. Cfr. anche la critica di BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 28, p. 146 ss. e la sintesi delle «manifestazioni della certezza» operata da CORSALE, *Certezza del diritto*, in *Enc. giur.*, 1988, Roma, p. 1203 ss.

⁽²⁾ Sulla possibilità di qualificare la certezza come «principio» o come «valore», si veda GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, p. 43 ss.; *contra* espressamente COTTA, *Certezza di essere nel diritto*, in AA.VV., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare* (Firenze, 2-3 ottobre 1992), Milano, 1993, p. 77 ss.

⁽³⁾ ONIDA, *Calcolo giuridico e tutela dell'affidamento*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di Carleo, Bologna, 2017, p. 71 ss.

meno significativo, le scelte dei singoli individui nella direzione desiderata dal legislatore. È il caso della legislazione di incentivo, la quale non di rado prevede l'erogazione di contributi economici (remunerativi o finanziari) ai privati volti a determinare le scelte nel senso voluto, ad esempio di effettuazione di investimenti ⁽⁴⁾. Ben può essere che l'incentivo intanto abbia effetto in quanto il privato ragionevolmente possa attendersi che permangano, almeno per un determinato tempo, le condizioni stabilite dal legislatore, mutando le quali, le scelte, pur nel frattempo compiute in modo irreversibile o difficilmente reversibile, non sarebbero più convenienti e addirittura diverrebbero fonte di oneri inattesi.

Da una parte, lo Stato chiede al privato di compiere una scelta o di intraprendere una attività rispondente ad un preciso interesse pubblico assunto dal legislatore fra le proprie finalità, dall'altra, esso offre al privato un incentivo condizionato a scelte dal medesimo effettuate proprio in vista del godimento dell'incentivo medesimo; cosicché si possa dire che fra lo Stato e il privato corra un rapporto di scambio di tipo contrattuale, nel quale «prestazioni» dell'uno costituiscono il «corrispettivo» di quelle dell'altro.

A questo punto l'affidamento del privato non si fonda più soltanto su una generica ragionevole attesa di una relativa stabilità della scelta pubblica, ma si basa su un vero e proprio reciproco impegno: così come il privato è vincolato alla scelta fatta e se viene meno al suo impegno è soggetto a sanzioni o alla perdita dei benefici promessi, così lo Stato non può far venir meno il proprio impegno in vista di una nuova e diversa scelta discrezionale. Ciò, in special modo, laddove si tratta di benefici non già concessi, ma fatti oggetto di precisi impegni bilaterali di tipo contrattuale ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ ONIDA, *Calcolo giuridico e tutela dell'affidamento*, cit., p. 78.

⁽⁵⁾ È significativo in questo campo l'esempio, opportunamente richiamato da ONIDA, *Calcolo giuridico e tutela dell'affidamento*, cit., p. 79, della normativa incentivante per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, mirata alla finalità di ridurre la dipendenza del Paese dalle fonti fossili. In questo caso lo «scambio» fra lo Stato e il privato investitore si concreta in un vero e proprio rapporto contrattuale. La normativa in vigore precisa, in rapporto all'epoca in cui l'impianto di produzione è stato autorizzato ed è entrato in esercizio, l'entità e la durata della «tariffa incentivante» riconosciuta al titolare: entità ed eventualmente durata che nei diversi periodi di tempo possono essere previste in termini diversi in relazione a nuove condizioni tecnologiche ed economiche e all'apprezzamento dell'interesse pubblico. Ma il supporto singolo, che dà luogo al riconoscimento dell'incentivo ad un determinato impianto autorizzato ed entrato in esercizio, si concreta in una convenzione, espressamente definita dalla legge come un «contratto di diritto privato», che definisce per quel determinato impianto condizioni, entità e durata dell'incentivo. In tale ottica, una modifica *in pejus* della normativa sull'incentivo (quale quella recata dall'art. 26 del d.l. n. 91 del 2014), tale da incidere sul rapporto concreto già instaurato, non può non ritenersi lesiva di un affidamento legittimo costituzionalmente protetto. Essa ha infatti la

Gli anni che stiamo vivendo si caratterizzano, invece, per una vera e propria rottura con quella che è stata, di recente, riconosciuta come l'epoca del positivismo giuridico (6) per giungere all'attuale età della giurisdizione (7), nella quale da più parti si denuncia la «disintegrazione del sistema delle fonti» (8). Ne deriva quel grave fenomeno della contemporaneità autorevolmente appellato l'«incalcolabilità del diritto» (9). Si assiste, difatti, al susseguirsi di leggi, definite speciali, che risultano però «svuotate di forza e ridotte a semplici misure dell'emergenza» (10).

Tale situazione impone ormai all'interprete, quale primo atto del suo procedimento interpretativo, l'individuazione dell'enunciato da cui muovere, e che fa venir meno l'univocità dell'oggetto (11). Ha, quindi, ragione chi rileva che, «lungi dal trovare le fonti come preesistenti alla loro attività interpretativa, sono gli stessi interpreti a stabilire attraverso l'interpretazione cosa sia fonte e a determinare di volta in volta il grado di precettività» (12). Con una produzione normativa così policentrica e reticolare, l'interprete è ormai costretto «ad una costante opera di ricostruzione», persino individuazione del corretto grado di forza vincolante della fonte (13).

2. – È stato giustamente detto (14) che «le argomentazioni politiche ed etiche sono ora diventate interne al diritto positivo e alla scienza

stessa portata e lo stesso effetto di un vero e proprio inadempimento contrattuale: dunque l'affidamento non è più solo quello generico del cittadino nella stabilità del quadro normativo, ma è quello proprio della parte di un rapporto contrattuale bilateralmente vincolante, che non ammette totali o parziali inadempimenti se non negli stessi limiti in cui la legislazione generale (il codice civile) sui contratti lo preveda. Né lo Stato può pretendere di intervenire unilateralmente a modificare l'equilibrio contrattuale (p. 80).

(6) LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, IV, p. 1115 ss., spec. p. 1121-1122.

(7) Cfr. CASSESE, *Degli usi e abusi della giurisprudenza (e dei suoi limiti) nel diritto pubblico*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2013, p. 137 ss.

(8) DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, cit., p. 119 ss., spec. p. 123.

(9) Il riferimento è d'obbligo: IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

(10) IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 3 ss.

(11) Così efficacemente, LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 1163-1164.

(12) PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI, 2011, p. 53.

(13) DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione*, cit., p. 136, il quale richiama, per l'estrema attualità, le parole utilizzate dall'avvocato generale, in sede di conclusioni, assunte il 3 marzo 2016, nella causa C-46/15: «Il testo di una disposizione costituisce sempre il punto di partenza e al contempo il limite di ogni interpretazione».

(14) Cfr. *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di Lipari, Roma-Bari, 1971.

giuridica»⁽¹⁵⁾. E non c'è da spaventarsi di fronte alla apparente difficoltà di un compito tanto diverso dalle certezze del passato⁽¹⁶⁾. Come è stato ricordato⁽¹⁷⁾: «non si può possedere la verità se non nella forma di doverla cercare ancora»⁽¹⁸⁾.

Si rileva che in concreto negli scambi individuali i limiti alla razionalità non sono solo esogeni, come i costi transattivi, ma anche endogeni⁽¹⁹⁾. Il volere del singolo, o se si preferisce la razionale volontà dell'individuo, non sempre è guidata solo da *self interest* ma spesso anche dall'altrui volere quando non anche da considerazioni «altruistiche», tale per cui la razionalità delle scelte risulta limitata nelle sue capacità cognitive⁽²⁰⁾. Ne deriva non solo la considerazione secondo la quale «la razionalità economica degli uomini è limitata» ma anche che lo stesso modello di riferimento di *homo oeconomicus* è oramai superato⁽²¹⁾.

Più di recente, la *behavioral Law & Economics*⁽²²⁾ giunge a dimostrare che la scelta è influenzata da propensioni psicologiche o da suggestioni (es. le diverse forme e modalità anche subdole di pubblicità⁽²³⁾); le pratiche sleali, aggressive o ingannevoli, e poi usi, costumi, relazioni personali, rapporti/reti parentali e clientelari, concorrono ad orientare sia la

⁽¹⁵⁾ Così VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion pratica*, 2010, p. 187 ss.

⁽¹⁶⁾ LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1115 ss.

⁽¹⁷⁾ SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1271.

⁽¹⁸⁾ Così PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano, 1971, p. 90.

⁽¹⁹⁾ Ai fini che qui rilevano, *ex multis* RICHARDSON, *La logica della scelta. Introduzione alla teoria economica*, Milano, 1968, p. 25-56; In anni più recenti BECKER, *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, 1998, *passim*, ma spec. p. 447 ss.; SEN, *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005; MCFADDEN, *Razionalità per economisti?*, in *Critica della ragione economica*, Milano, a cura di Motterlini e Piattelli Palmarini, 2005, p. 25 ss.; KAHNEMAN, *Mappe di razionalità limitata. Indagine sui giudizi e le scelte intuitive*, ivi, p. 77 ss.

Gli studi sulla razionalità sono notoriamente sterminati anche a prescindere dal concetto di razionalità economica. Per una prospettiva sociologica MARLETTI, *Razionalità e valori. Introduzione alle teorie dell'azione sociale*, Roma-Bari, 2006. Cfr. inoltre LATOUCHE, *La sfida di Minerva. Razionalità occidentale e ragione mediterranea*, Torino, 2007.

⁽²⁰⁾ GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1105 ss.

⁽²¹⁾ Sulla razionalità limitata SIMON, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984; ID. *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985; ELSTER, *Ulisse e le sirene*, Bologna, 1983.

⁽²²⁾ Nel dibattito italiano *ex multis* cfr. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 167 ss.

⁽²³⁾ L'opera di riferimento è qui, ovviamente, PACKARD, *I persuasori occulti*, Torino, 1958.

possibilità sia il contenuto delle scelte che si manifestano poi negli accordi negoziali.

L'agente contrattuale, anche quando professionale, non è inteso quindi quale «calcolatore perfetto» e impassibile, ma al contrario quale vittima di errori sistematici e pregiudizi (*biases*), non evitati ma anzi spesso favoriti dalle «euristiche» intuizioni, abitudini e supposizioni, solitamente praticate come scorciatoie per rimediare all'incertezza senza affrontare sforzi conoscitivi e valutativi eccedenti le proprie forze (24).

Si sostiene, in effetti, che solo in condizioni ideali domanda ed offerta si incontrerebbero nell'equilibrio ottimale, e tuttavia la diversa capacità negoziale determinata, nelle situazioni «reali» da quei fattori condizionanti l'intendere e il volere (25), spinge ad accettare quelli che la teoria economica definisce come equilibri *sub*-ottimali.

In virtù di tale consapevolezza e accettazione delle situazioni reali per quelle che non sono e non per quelle che vorremmo fossero, il legislatore nazionale (sotto l'impulso di quello europeo) ha proceduto quindi anche ad interventi che ben si collocano nell'ottica del governo legale delle debolezze cognitive (intendere) e valutative (volere) (26).

Tra le prime (cognitive e relative al retto intendere) si possono citare (senza pretesa di completezza): – la disposizione dell'odierno art. 35 del Codice del consumo, sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole dei contratti proposti dai professionisti ai consumatori per iscritto; – le disposizioni del Codice del consumo (artt. 21 ss.) che inibiscono pratiche commerciali «ingannevoli» in quanto idonee a falsare cognitivamente il comportamento economico del consumatore medio; – le disposizioni del TUB sul TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) nel credito al consumo, laddove impone modalità informative a contenuto necessario per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di consentire «una decisione informata e consapevole» (art. 124, comma 1, TUB), e i chiarimenti necessari, in modo che il consumatore «possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria» (art. 124, comma 5); – le disposizioni del TUF sulla

(24) Per tutti si rinvia a TVERSKY e KAHNEMAN, *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Utility, Probability and Human Decision Making*, eds. Wendt and Vlek, Netherlands, 1975, p. 141 ss.

(25) In tema VIALE, *Quale mente per l'economia cognitiva*, in *Le nuove economie, Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti dell'economia neoclassica*, a cura di Id., Milano, 2005, p. 223 ss.; EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, ivi, p. 173 ss.

(26) GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, cit., p. 1124.

forma facilmente analizzabile e comprensibile del prospetto di offerta di strumenti e prodotti finanziari (art. 94, comma 1 e 2). Tra le seconde (valutative e relative al libero volere) si possono citare (sempre a titolo di esempio): le disposizioni del Codice del consumo sulla comunicazione pubblicitaria intesa a sfruttare l'inesperienza, la credulità (art. 31) ⁽²⁷⁾, o la paura, o che possa «indurre in errore gli utenti o i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni, in particolare per ciò che riguarda le caratteristiche e gli effetti del servizio, il prezzo, le condizioni di vendita o di pagamento, le modalità della fornitura, gli eventuali premi, l'identità delle persone rappresentate» (artt. 30, comma 2) o, ancora, quelle norme che inibiscono pratiche commerciali «ingannevoli» in quanto idonee ad indurre in errore il consumatore «medio» nell'assumere «una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (artt. 21 ss.) ⁽²⁸⁾.

Nonostante una oggettiva adesione dei codici in generale e del nostro in particolare al paradigma neoclassico, l'ordinamento non pretende affatto, per la validità della scelta giuridico-economica sottesa al patto, la c.d. massimizzazione del vantaggio ⁽²⁹⁾. Non sorprende, pertanto, che i legislatori del 1942 abbiano riconosciuto ciò che di fatto è, cioè gli uomini negoziano con limitata razionalità, di diritto sia, cioè che le negoziazioni valgono purché almeno soddisfacenti per chi ritiene di porle in essere.

Pur evolutosi l'ordine giuridico del mercato ⁽³⁰⁾, il conflitto tra razionalità assiologica e razionalità economica del diritto, al di là delle diverse prospettive giuridico-economiche, comporta la necessità di adeguare l'essere al dover essere (e allora consenso informato, chiarezza e comprensibilità senza reticenze, e nessuna pressione indebita per tutti) ⁽³¹⁾.

⁽²⁷⁾ In tema ZENO ZENCOVICH, *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 309 ss.

⁽²⁸⁾ GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, cit., p. 1124.

⁽²⁹⁾ Così GENTILI, *op. cit.*, p. 1125, il quale precisa sul punto che: «I legislatori hanno sempre ritenuto sufficiente (in termini di validità) che la scelta economica tradottasi nel regolamento negoziale desse agli interessi una sistemazione soddisfacente. Basti per tutti pensare a che: l'errore non è causa di annullamento se non è essenziale (a prescindere dalla riconoscibilità); la minaccia non è causa di annullamento se crea solo disagio e non paura; la causa non è mai ritenuta mancante se il patto realizza in ragionevole misura gli interessi; i motivi non rilevano se non sono determinanti».

⁽³⁰⁾ Attualissime le riflessioni di IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001, p. 4.

⁽³¹⁾ *Amplius in Consumatore, ambiente, concorrenza: analisi economica del diritto*, a cura di Alpa, Chiassoni, Pericu, Pulitini, Milano, 1994; *Analisi economica del diritto privato*, a cura di Alpa, Chiassoni, Pericu, Pulitini, Rodotà e Romani, Milano, 1998; COOTER (et al.), *Il mercato delle regole: analisi economica del diritto civile*, 2^a ed., Bologna, 2006.

3. – La teoria economica liberista, semplificando, dimostra che lo scambio è fonte di arricchimento. D'altronde già Adam Smith teorizzò (seguito dagli economisti «classici»), che produzione e scambio sono fonte di ricchezza tanto per gli individui quanto per le nazioni (basti richiamare la fortunata metafora della mano invisibile). Il marginalismo, come è noto, sposterà l'attenzione dalla ricchezza al valore nella convinzione che scambiando ciascuno perviene, conseguendo beni la cui utilità è per lui maggiore di quelli che cede, ad un incremento di valore, a parità di beni disponibili ⁽³²⁾. In tale prospettiva conosce la sua massima e più completa elaborazione il modello di perfetta razionalità dell'*homo oeconomicus*, quale base della perfetta razionalità funzionale del mercato che, pur a fronte delle molteplici obiezioni, costituisce a tutt'oggi il modello di riferimento.

Del resto, l'effettiva massima possibile soddisfazione dei bisogni implica una corretta rilevazione dei bisogni stessi e dei mezzi disponibili per soddisfarli. Insomma, le leggi dell'economia neoclassica sono valide esclusivamente sul presupposto dell'autenticità valutativa e sulla veridicità delle informazioni scambiate ⁽³³⁾.

Il diritto civile, come è noto, ha interiorizzato da tempo la prospettiva sulla razionalità economica, al punto che può pacificamente riconoscersi che essa è sottesa alla cultura dei primi interventi codificatori dell'Europa occidentale, al punto da tradurre la nozione di *homo oeconomicus* in quella di *homo juridicus*, nella convinzione che date certe condizioni la persona sia capace di intendere e volere e quindi meritevole di agire negozialmente con potere di disciplinare in autonomia i propri interessi ⁽³⁴⁾. E a partire dal Code civil, per effetto del solo libero consenso, la regola dello scambio quale «uso pienamente libero della ragione», ha forza di legge tra le parti ponendo la forza a disposizione della volontà ⁽³⁵⁾.

Il presupposto della scelta negoziale razionale (nel tempo che va dall'*École de l'Exégèse* alla prima Pandettistica) diviene civilisticamente anche il presupposto stesso della validità delle regole private poste in essere. Se,

⁽³²⁾ Le utilità sono per definizione un elemento soggettivo, che non coincide necessariamente con quel che la teoria economica conosce come preferenze rivelate. Fondamentali sul punto gli studi di SAMUELSON, a partire da *Social indifferent curves*, in *Quarterly J. Econ.*, 1938, p. 1 ss.; ID., *A note on the pure Theory of Consumer's Behaviour*, in *Economica*, 1938, p. 61 ss.

⁽³³⁾ GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, cit., p. 1115.

⁽³⁴⁾ Sul punto si vedano le preoccupazioni da tempo testimoniate da diversi studi: *ex multis* v. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, spec. p. 129 ss. e BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 20 ss.

⁽³⁵⁾ GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, cit., p. 1117.

infatti, il contratto è valido, l'ordinamento assiste con la coazione la sua esecuzione, e quindi garantisce la soddisfazione degli interessi cui è intesa la regola formata razionalmente dalle parti. Il Codice civile non fa che tradurre in vincoli giuridici la volontà, ovvero in diritti gli interessi, e quindi porre la forza a disposizione della libertà che si esprime nella dichiarazione di volontà ⁽³⁶⁾.

Ed è significativo che tali presupposti teorici siano condivisi tanto dalla dottrina di *common Law* quanto da quella di *civil Law*, pur nella varietà di forme e discipline nelle quali si manifestano.

Nel sistema legale vigente, alla razionalità individuale della scelta si accompagna così anche la razionalità collettiva (che si esprime, ad esempio, nelle regole di ordine pubblico economico di protezione e di direzione ⁽³⁷⁾). E all'occasionale irrazionalità individuale si aggiunge così l'irrazionalità collettiva del mercato ⁽³⁸⁾ (e talvolta delle leggi che lo regolano): i fallimenti dello scambio nel mercato ⁽³⁹⁾ sono d'altronde il frutto di una serie di ostacoli umani e naturali (distorsioni della circolazione di informazioni, esternalità negative, ecc.), che suscitano altrettanti ostacoli ad una piena razionalità dello scambio e quindi ad un regolamento contrattuale razionale; i c.d. costi transattivi, peraltro, sono spesso troppo elevati perché le parti possano assumerseli per predisporre clausole che vi rimedino ⁽⁴⁰⁾.

La razionalità dell'*homo oeconomicus* presuppone coscienza e libertà. Nei fatti però l'*homo oeconomicus* è solo un mito e la razionalità economica degli uomini è limitata ⁽⁴¹⁾: dalle asimmetrie di informazione ⁽⁴²⁾, da propensioni psicologiche ⁽⁴³⁾ come l'avversione al rischio, da suggestioni pubblicitarie, dalla distanza, da pratiche sleali, aggressive o ingannevoli e,

⁽³⁶⁾ GENTILI, *ibidem*.

⁽³⁷⁾ Per queste nozioni per tutti v. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

⁽³⁸⁾ GODELIER, *Razionalità e irrazionalità in economia. Logica dialettica e teoria strutturale nell'analisi economica*, Milano, 1970.

⁽³⁹⁾ Cfr. GIU. PALERMO, *Equilibrio economico generale e fallimenti del mercato: teoria, metodologia e filosofia morale*, Brescia, 2003.

⁽⁴⁰⁾ GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, cit., p. 1121.

⁽⁴¹⁾ Sulla razionalità limitata per tutti: SIMON, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984; Id. *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985; cfr. inoltre nel panorama italiano M. EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, a cura di Viale, Milano, 2005, p. 33 ss.

⁽⁴²⁾ Il riferimento d'obbligo è AKERLOF, *The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly J. Econ.*, 1970, 84, 3, p. 488 ss.

⁽⁴³⁾ Occorre infatti tener conto della concorrenza di motivazioni di indole psicologica ovvero sociologica; cfr. STEINER, *Economia, mercati, società*, Bologna, 2001, p. 33 ss.

ovviamente, dal bisogno ⁽⁴⁴⁾. Tale limitata razionalità travolge la tesi che gli scambi siano, solo perché «voluti», sempre efficienti e giusti ⁽⁴⁵⁾. Ecco allora che gli individui, benché siano liberi di realizzare il proprio interesse e soddisfare i propri bisogni secondo i gusti personali, nelle loro scelte economiche spesso falliscono e con essi fallisce il mercato e in definitiva le stesse persone che lo compongono ⁽⁴⁶⁾; e la legge serve a prevenire e correggere questi fallimenti ⁽⁴⁷⁾.

Sotto il profilo negoziale e del diritto dei contratti in particolare, quindi, occorre ancora riflettere se il corretto rimedio sia riconoscere uno spazio d'intervento c.d. paternalistico per razionalizzare (tramite le leggi, l'intervento del giudice o autorità terze e indipendenti) ⁽⁴⁸⁾ il mercato rimediando tra l'altro anche ai costi di transazione e agli errori di cognizione e comportamentali (anche agendo in via preventiva) oppure lasciare al mercato stesso il potere/scelta di autocorreggersi.

4. – Il tema è quello della crisi attuale del soggetto giuridico visto come punto di riferimento assiologico delle scelte normative e disciplinari, e dell'affermarsi di una razionalità di tipo oggettivo che faccia perno sul carattere funzionale degli istituti giuridici ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁴⁾ Così GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., p. 47.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 37 ss., ricorda che «la disciplina giuridica dello “scambio” è la storia di un difficile rapporto tra efficienza e giustizia».

⁽⁴⁶⁾ Critico Papa FRANCESCO I (M.J. BERGOGLIO), in *Laudato Si'. Enciclica sulla cura della casa comune*, Roma, 24 maggio 2015, spec. p. 39 e 168 ss., che invita ad «evitare una concezione magica del mercato» (§ 190) (p. 169) e a «riflettere responsabilmente sul senso dell'economia e sulla sua finalità, per correggere le disfunzioni e distorsioni» (§ 194) (p. 172), cercando altri modelli di intendere l'economia e il progresso, auspicando tra «politica ed economia» un «dialogo per la pienezza umana» (§ 189) (p. 168).

⁽⁴⁷⁾ Sul carattere normativo della scienza economica MYRDAL, *L'elemento Politico nella Formazione delle Dottrine dell'Economia Pura*, Firenze, 1943.

⁽⁴⁸⁾ Su tale esigenza inequivocamente BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, 2^a ed., Napoli, 1999, p. 151, afferma che «dall'esterno il mercato va disciplinato da regole di concorrenza e trasparenza, dalle quali la persona nel mercato è garantita non solo come soggetto individuo, ma come soggetto collettivo».

⁽⁴⁹⁾ Fra quanti pensano che la razionalità oggettiva del mercato possa essere qualche volta una razionalità perversa o quantomeno discutibile, e che il suo funzionamento “inintenzionale” possa causare effetti socialmente indesiderabili, ritenendo quindi opportuno e doveroso per il legislatore contrastarla, vedi: DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di Gitti, Maugeri e Notari, cit., I, specie p. 85 ss. (il cui par. 6 è intitolato: «Dalla razionalità degli agenti alla razionalità inintenzionale del sistema»).

Anche sul piano della regolazione amministrativa, le teorie più recenti della regolazione non partono più dal presupposto dell'individuo come soggetto razionale, agente del mercato, in grado di valutare i propri interessi, di darsi propri fini e di individuare i mezzi più idonei per raggiungerli ⁽⁵⁰⁾. Tramontata tale illusione, l'individuo è divenuto più semplicemente (*rectius* realisticamente) il destinatario delle norme in quanto soggetto in qualche misura manipolabile, non in grado di operare scelte coerenti con i suoi interessi reali e che ha bisogno di essere guidato e orientato ⁽⁵¹⁾.

Dopo una lunga fase (dagli anni trenta agli anni novanta del secolo scorso), caratterizzata da un modello di Stato interventista e di un governo democratico dell'economia, come è noto la fine del novecento e l'inizio del nuovo millennio sono stati parimenti attraversati dall'affermarsi del c.d. Stato regolatore ⁽⁵²⁾. Solo in seguito alla crisi sistemica finanziaria ed economica del 2008 tutti i modelli precedenti e le categorie economico-giuridiche che li avevano caratterizzati hanno ceduto il passo a revisioni e obiezioni che ne hanno messo in discussione risultati, metodo e premesse ⁽⁵³⁾.

In alcuni settori economici (ad es. bancari o assicurativi) la regolazione si presta a essere ricondotta al modello dei cosiddetti ordinamenti giuridici settoriali. In essi i compiti dei regolatori non sono limitati alla salvaguardia della stabilità del sistema (c.d. sana e prudente gestione), ma includono anche poteri di indirizzo e di orientamento dell'attività. La concorrenza finiva così per essere considerata come un elemento residuale rispetto agli spazi occupati dalla regolazione pubblica. La stessa espressione «regolazione», intesa come complesso di strumenti che servono a far funzionare un mercato affetto da fallimenti più o meno gravi, che entra lentamente anche nel lessico giuridico, viene «scorporata dal circuito democratico e affidata alle autorità indipendenti» ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ CLARICH, *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle «spinte gentili»*, in *Dir. e proc. ammin.*, 2015, p. 413 ss.

⁽⁵¹⁾ TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1998, p. 967 ss. parla di «scadimento del soggetto di diritto da centro unificatore della realtà giuridica a termine del processo di imputazione giuridica».

⁽⁵²⁾ *Ex multis*, cfr. LA SPINA e MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; TESAURO e D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003; VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, cit.; CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2009.

⁽⁵³⁾ Ammonisce gravemente sulle conseguenze della crisi economica sotto il profilo non solo sociale ma anche giuridico FERRAJOLI, *Crisi economica, democrazia al collasso*, in *Democr. e dir.*, 2013, 1-2, p. 9-29.

⁽⁵⁴⁾ CLARICH, *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle «spinte gentili»*, cit., p. 415-416 e spec. 417.

Il modello di rapporti tra Stato regolatore e libero mercato (specie dopo il 2008) viene messo in discussione insieme con i dogmi e le assunzioni del modello regolatorio dominante fino a quel momento. Al ritorno dell'intervento pubblico in economia, talvolta «necessitato» dal bisogno di salvare imprese (anche bancarie) in crisi, si affianca il rafforzamento degli strumenti della regolazione che fanno capo alle autorità indipendenti, secondo criteri di efficacia e autorevolezza ⁽⁵⁵⁾. I dubbi circa il paradigma della razionalità ⁽⁵⁶⁾ inducono ad introdurre e in taluni casi potenziare i poteri regolatori di intervento ⁽⁵⁷⁾ e l'uso di strumenti di regolazione «di nuovo conio» «come l'individuazione di opzioni di “*default*”, ritenute preferibili in termini di tutela dell'interesse pubblico, dalle quali il consumatore può però uscire (*opt-out*), oppure l'obbligo di fornire agli utenti proposte contrattuali chiare, semplici e comparabili, ecc.» ⁽⁵⁸⁾. Il modello e gli strumenti delle autorità indipendenti vengono dunque rafforzate, nell'ottica di una «duplice indipendenza, sia nei confronti del potere politico, sia nei confronti delle imprese regolate» ⁽⁵⁹⁾.

5. – Ci si chiede, a questo punto, se le forme di intervento regolatorio, specie se di tipo paternalistico libertario, oltre certi limiti, rischiano di divenire una manipolazione occulta degli agenti del mercato ⁽⁶⁰⁾. La domanda che, autorevolmente, si pone è «se il regolatore pubblico possa approfittare delle deficienze conoscitive degli individui per influenzarne le scelte, anche con messaggi di tipo subliminale, al fine di raggiungere obiettivi che il regolatore stesso ritiene auspicabili. Si indaga dunque sulle tipologie di “spinte gentili” che siano compatibili con il modello di Stato democratico-liberale» ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁵⁾ Si pensi, per esempio, alle autorità europee in materia finanziaria istituite nel 2010 – FBA, ESMA – e da ultimo, al conferimento di specifici poteri di vigilanza bancaria alla Banca Centrale Europea, con il Regolamento n. 1024 del Consiglio Europeo del 15 ottobre 2013.

⁽⁵⁶⁾ Veicolati in special modo da SUNSTEIN e THALER, *op. cit.*, il Presidente U.S.A. Barak Obama ha nominato C.R. Sunstein capo dell'Office for Information and Regulatory Affairs (OIRA), mentre in U.K. era stato istituito all'interno del “gabinetto” del primo ministro un gruppo di ricerca comportamentista costituito da funzionari pubblici e docenti universitari, cui è affidato un ruolo chiave nell'applicazione delle strategie *nudge*.

⁽⁵⁷⁾ Negli U.S.A. si segnala l'*executive order* n. 1286672011.

⁽⁵⁸⁾ CLARICH, *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle «spinte gentili»*, cit., p. 420.

⁽⁵⁹⁾ CLARICH, *op. cit.*, p. 419.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. BALDWIN e CAVE, *Self regulation in Understanding regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 1999.

⁽⁶¹⁾ CLARICH, *op. cit.*, p. 420.

D'altronde, la stessa nozione di contratto, che si è andata consolidando nel mondo occidentale (nelle due versioni del *civil* e del *common law*)⁽⁶²⁾, è stata fondata sul presupposto della razionalità immanente nella condotta economica degli uomini⁽⁶³⁾. Il contratto «è andato così svelando sempre più la propria *texture* irrazionale e rischiosa, poco suscettibile di classificazione secondo modelli determinati»⁽⁶⁴⁾.

Da un lato, viene meno la «forza» del contratto con la sua capacità di vincolare le parti alle proprie determinazioni. Dall'altro lato, la perdita di una significativa capacità di assicurare congelandola sotto l'egida dello Stato una ragionevole condizione di equilibrio tra le parti, ha reso drammatica l'esigenza di armonizzare sul piano della disciplina negoziale una impostazione libertaria con una più spiccatamente autoritaria⁽⁶⁵⁾.

Si avverte sempre di più la necessità di conciliare la dimensione negoziale individuale, non più controllata da un'idea di razionalità delle scelte, con irrinunciabili principi di uguaglianza, proporzionalità, difesa dei soggetti più deboli, bisognosi di essere difesi, prima di tutto, da se stessi e dalle proprie pulsioni verso scelte irrazionali e, in taluni casi, persino nocive⁽⁶⁶⁾. L'idea è che, se opportunamente «stimolato»: «l'individuo è in grado di operare da solo le scelte più ragionevoli»⁽⁶⁷⁾.

D'altronde, non può trascurarsi che l'irrazionalità viene usualmente «considerata in termini negativi, nel suo opporsi alla ragione (ir-razionale = *Irr-tum*, errore, in tedesco) e non nel suo proporsi come inevitabile e vitale sfida ai limiti della razionalità»⁽⁶⁸⁾.

Ecco perché, tanto sul piano giuridico quanto in quello economico, dovrebbe, innanzitutto, riconoscersi la dimensione intrinsecamente «ri-

(62) Cfr. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

(63) Sul punto, d'altronde, anche la dottrina francese (AUDEBERT LASROCHAS, *La négociation: application professionnelles*, Paris, 2000, p. 34; ROIOT, *La négociation*, Paris, 1994, p. 37; DUPONT, *La négociation: conduit, théories et applications*, Paris (Dalloz), 4^{ème} éd., 1994, p. 15) ricorda che: «La négociation est un processus de prise de décision présente dans l'ensemble des relations humaines. Elle suppose un désaccord ou une divergence qui nécessite la recherche d'une solution. Elle implique une idée de rencontre, de discussion, de concertation, de coopération, de compromis et de consensus».

(64) MARCHESIELLO, *I nudge, ovvero: il tramonto dell'uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 497 ss.

(65) MARCHESIELLO, *op. cit.*, p. 498.

(66) Criticamente, sotto molteplici aspetti, v. A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017.

(67) Così MARCHESIELLO, *op. cit.*, p. 501.

(68) MARCHESIELLO, *op. cit.*, p. 502.

schiosa» di ogni contratto, il suo porsi come necessariamente asimmetrico, ineguale, imprevedibile negli esiti che le parti si erano ripromesse (69).

Accettando tale premessa, si comprende l'opportunità di intervento sui profili di disuguaglianza, asimmetria e imprevedibilità propri di ogni contratto, affinché il vantaggio negozialmente riconosciuto a una parte non si traduca in uno svantaggio eccessivo per la controparte (70). L'intervento paternalistico del legislatore implica, pertanto, il superamento della dimensione patologica del contratto in favore di una diversa prospettiva che considera l'asimmetria come elemento strutturale connaturato ad ogni rapporto umano e, di conseguenza, di ogni rapporto negoziale tra gli individui (71). Ogni contratto nasce, quindi, asimmetrico ed è tale da giustificare, conseguentemente, un intervento regolatore o riequilibratore da parte del diritto. Occorre, quindi, porsi come obiettivo quello di produrre significativi benefici senza danneggiare chi si comporta in modo razionale, aiutando gli individui a perseguire le «proprie scelte, ritenute razionali rispetto a uno scopo socialmente accettabile e meritevole di protezione da parte dell'ordinamento» (72).

In quest'ottica il contratto non è più semplice espressione di interessi privati, bensì modello di governo della società e «principale strumento di innovazione giuridica» (73).

(69) MARCHESIELLO, *op. cit.*, p. 505.

(70) L'intervento legislativo che qui si ha a riferimento è innanzitutto di tipo procedurale e non di contenuto. In tema, sul piano negoziale dei rapporti tra privati, per gli argomenti che seguiranno, *ex multis* ci si limita ad alcuni riferimenti essenziali: GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 269 ss.; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss. e in *Id.*, *Il contratto del duemila*, 3^a ed., Torino, 2011, p. 46 ss.; *Id.*, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747 ss.; VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 111 ss.

(71) Per un utilizzo generalizzato della nozione di «asimmetria contrattuale» per raggruppare tutte le ipotesi in cui uno dei contraenti è da considerarsi più «debole», ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 769 ss. e in *Id.*, *Il contratto del duemila*, cit., p. 23 ss. Sul tema *ex multis*: CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti d'impresa e volontà delle parti contraenti*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, p. 851 ss.

(72) MARCHESIELLO, *op. cit.*, p. 507.

(73) Cfr. ALPA, *Che cos'è il diritto privato*, Roma-Bari, 2007, p. 125 ss.

Fine ultimo dovrebbe essere quello di armonizzare l'autonomia/libertà dell'individuo con le esigenze di legalità/obbligatorietà poste dal vivere sociale, la dimensione individuale con una dimensione collettiva. Le restrizioni alla libertà contrattuale dei singoli ⁽⁷⁴⁾, si giustificano quindi nei limiti in cui impediscono «alle persone di farsi del male da sole o di cadere vittime della frode altrui» ⁽⁷⁵⁾.

6. – Il «rapporto giuridico patrimoniale» (quello che gli inglesi chiamano *bargain*) è uno scambio, in cui ogni parte considera la propria prestazione come il prezzo della prestazione dell'altra parte o delle altre parti ⁽⁷⁶⁾.

Presupposto di una intesa contrattuale è, da un lato, che ciascuna delle parti, quale miglior giudice del proprio interesse, espliciti la propria valutazione nel formulare l'offerta, dall'altro, che ciascuna parte mantenga fede ai propri impegni. Questo insieme di presupposti e condizioni si regge infine sull'assunto che ogni parte nel contratto si comporterà in modo razionale, consapevole, in vista del vantaggio che si è ripromessa ⁽⁷⁷⁾.

Un primo limite a tale tesi, fermo quanto sopra esposto, è altresì individuabile nell'intrinseca vessatorietà di alcuni contratti e della conseguente «debolezza» che ne deriva per una delle parti, identificata tipicamente, ma non esclusivamente, nella figura del consumatore ⁽⁷⁸⁾.

Tutta la normativa codicistica è del resto permeata della preoccupazione del legislatore di prevenire e sanzionare ogni uso improprio dello strumento contrattuale che si traduca nel comportamento di una delle parti in danno dell'altra ⁽⁷⁹⁾. L'incidenza dell'alea sul contratto viene

⁽⁷⁴⁾ DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1995, p. 5 ss.

⁽⁷⁵⁾ MARCHESIELLO, *op. cit.*, p. 509.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, in *Stan. L. Rev.*, 47, 1995, p. 211.

⁽⁷⁷⁾ MARCHESIELLO, *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione*, in *Pol. del diritto*, 2015, p. 131 ss.

⁽⁷⁸⁾ ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 695 ss.; ID., *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il «terzo contratto»?)*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, p. 207 ss.

⁽⁷⁹⁾ Si pensi, a titolo di esempio, alle cosiddette *boilerplate clauses* (clausole «scorsoio», generalmente scritte in caratteri molto piccoli e collocate in fondo al documento contrattuale): «Il termine *boilerplate* deriva dal gergo tipografico con riferimento a quei testi che, per essere completamente standardizzati, venivano impressi su lastre di metallo prima di essere inviate alla tipografia per la stampa» (MARCHESIELLO, *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione*, cit., p. 142 e nt. 17).

accuratamente limitata dall'ordinamento (restringendone l'effetto agli eventi «straordinari e imprevedibili»), sia prevedendola solo per i contratti a esecuzione periodica, continuata o differita, sia limitandone la portata alla «eccessiva onerosità», che il giudice deve valutare caso per caso e, di conseguenza, al di fuori di ogni ragionevole calcolabilità e/o prevedibilità⁽⁸⁰⁾.

Si discute, pertanto, della necessità di una riflessione critica sullo stesso significato giuridico di errore, in una prospettiva basata su quello che potrebbe definirsi il «paternalismo cognitivo», inteso come la forma di paternalismo giuridico che, a fronte di una realtà esterna sempre più complessa e articolata⁽⁸¹⁾, si ripromette di «opportunamente integrare le varie forme di *deficit* cognitivo cui è esposto chiunque – consumatore o imprenditore – si accinga a stipulare un contratto»⁽⁸²⁾.

Lo Stato, inteso in senso ampio (legislatore, giudice e autorità amministrative), è allora necessario si configuri quale soggetto capace di intervenire per colmare, almeno in parte, le debolezze cognitive degli individui che, nutrendosi di pregiudizi cognitivi (*bias*), sovente, accettano di vincolarsi contrattualmente, ignorando non solo le complesse tecniche di persuasione ma anche le stesse informazioni, non facilmente accessibili all'acquirente, in grado di influenzare le singole scelte negoziali⁽⁸³⁾.

7. – Il punto è: come rispettare e tutelare la libertà dell'individuo, compreso l'inalienabile diritto di sbagliare (*rectius* cadere in errore) nelle scelte della vita quotidiana. L'obiettivo è quello di riuscire a contrastare, per quanto possibile, le contraddizioni e gli eccessi propri dei suoi processi mentali.

⁽⁸⁰⁾ MARCHESIELLO, *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione*, cit., p. 144.

⁽⁸¹⁾ Cfr. PEPPET, *Freedom of Contract in an Augmented Reality: The Case of Consumers Contracts*, in *UCLA Law Rev.*, 59, 2012, p. 676. Il paziente, il cliente, il consumatore: nell'ancora recente passato tutti costoro si trovavano in una condizione di *deficit* conoscitivo nei confronti di una controparte la cui maggior forza contrattuale si presumeva basata oggettivamente sulla migliore conoscenza della/e realtà in cui il rapporto era destinato a svolgersi. Oggi sembra che la «vecchia debolezza» fondata sul *deficit* cognitivo, sia stata sostituita da una nuova debolezza fondata su un *surplus* cognitivo.

⁽⁸²⁾ Così MARCHESIELLO, *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione*, cit., p. 145, il quale sul punto precisa che: «Il “*deficit* cognitivo” rilevante può consistere nel mancato accesso a informazioni indispensabili (e disponibili in genere per l'altra parte) o nell'insorgere di nuove circostanze che, se conosciute, avrebbero orientato diversamente la volontà contrattuale dell'interessato».

⁽⁸³⁾ NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 214 ss.; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

Si assume, al riguardo, la presunzione del consenso che l'interessato dovrebbe prestare alla limitazione della propria libertà in favore di un intervento pubblico, che si manifesta in alcuni attraverso divieti/obblighi espressi e in altri casi mediante il disfavore verso scelte dell'individuo disapprovate dall'ordinamento ⁽⁸⁴⁾.

Alla base di tali interventi è l'idea di una «razionalità imperfetta» o, meglio sarebbe dire, consapevole della propria radicale imperfezione ⁽⁸⁵⁾.

Scrivono Jon Elster, in quello che viene definito il paradosso di Ulisse, che l'eroe di Itaca, pur consapevole dei rischi cui andava incontro, scientemente scelse di udire il canto delle sirene. Così decidendo, Ulisse dimostrò di non essere un uomo pienamente razionale. Tuttavia, egli era astuto e, ben consapevole dei limiti della propria razionalità, chiese ai propri compagni di legarlo con nodi strettissimi (c.d. paternalismo *hard*) e non scioglierli nel suo stesso interesse, per nessun motivo (premurandosi di far tappare loro le orecchie con la cera). I quotidiani esempi di «razionalità imperfetta» sono molteplici e frequenti; si pensi al fumatore che, consapevole dei danni alla (rischi per la) salute, non riesce a smettere, e lo stesso dicasi dell'obeso che rifiuta la dieta. «La volontà da sola non sconfigge le passioni, ma – opportunamente indirizzate e corrette – le passioni possono venire a un accordo con la volontà» ⁽⁸⁶⁾. E, in effetti, è proprio dalla constatazione di tale fenomeno umano che è stata introdotta la teoria della «spinta gentile» ⁽⁸⁷⁾.

8. – Alla luce dei risultati raggiunti dalla ricerca psicologica ed economica, che hanno travolto il modello dell'*homo oeconomicus* e delle teorie delle asimmetrie informative tra professionisti e consumatori, sia dimostra-

⁽⁸⁴⁾ Con riferimento ai primi si pensi: al casco per chi guida la moto, alla cintura di sicurezza per chi guida l'auto o per l'operaio che lavora su una impalcatura, o al divieto di assumere sostanze stupefacenti; con riguardo ai secondi, invece, si considerino le c.d. cure «alternative» per il cancro, alle indicazioni dei rischi di assuefazione connessi al fumo o alla dipendenza nel gioco d'azzardo (esempi pressoché testuali riportati da MARCHESIELLO, *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione*, cit., p. 146-147).

⁽⁸⁵⁾ ELSTER, *Ulisse e le sirene. Indagine sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, 1983.

⁽⁸⁶⁾ Si esprime così ancora MARCHESIELLO, *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione*, cit., p. 147 ss. il quale sottolinea come sia ben noto «per esempio, che il singolo tende a privilegiare il soddisfacimento del desiderio degli obiettivi a lui temporalmente più prossimi, allontanando in un "poi" indefinito gli obiettivi più a lungo termine. (...) Il ragionevole pensiero della vecchiaia e della pensione non sarà così dominante» da indurre l'individuo a rinunciare a una parte significativa del suo reddito. «Tutti si ritengono più sani e longevi, migliori guidatori, più prudenti e – perché no – più fortunati della media».

⁽⁸⁷⁾ THALER e SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven, Yale UP, 2008.

to si fa strada la tesi dell'antirealismo della teoria della scelta razionale. che consente di meglio comprendere gli stessi recenti sviluppi del diritto europeo dei consumatori, aprendo un importante terreno di dialogo con la psicologia della decisione ⁽⁸⁸⁾.

L'inefficienza non risulta soltanto da una informazione incompleta, poco chiara, ingannevole o aggressiva, ma da una capacità sub-ottimale di processare l'informazione ⁽⁸⁹⁾.

I limiti e le distorsioni nella elaborazione delle informazioni da parte della generalità degli individui hanno portato gli esperti di *marketing* a «mettere a punto delle tecniche di influenza che mirano a condizionare i comportamenti dei consumatori» ⁽⁹⁰⁾. Ecco perché il moderno diritto dei consumatori si è dotato di strumenti (si pensi alla direttiva 2005/29/CE sulle «pratiche commerciali sleali», recepita in Italia negli artt. 20 ss. del Codice del Consumo) che possono servire a reprimere gli abusi di tecniche fondate sulla manipolazione o sulla pressione psicologica da parte delle imprese ⁽⁹¹⁾.

Da un lato, infatti, la nuova disciplina considera ingannevoli, e vieta, non soltanto le pratiche commerciali che contengono informazioni false, ma anche quelle che in qualsiasi modo possano ingannare il consumatore medio se sono idonee ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Dall'altro, sono considerate aggressive, e dunque vietate, quelle pratiche commerciali che siano idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, e pertanto siano idonee ad indurlo ad una scelta negoziale che diversamente non sarebbe stata presa ⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁸⁾ CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012, p. 67 ss.

⁽⁸⁹⁾ In tale contesto, una delle prime anomalie è il c.d. *framing effect* (TVERSKY e KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981, 211, p. 453-458): in situazioni con prospettive di guadagno, le persone preferiscono l'opzione certa a una rischiosa; in una previsione di perdita, preferiscono l'opzione rischiosa a quella certa. L'atteggiamento nei confronti del rischio, insomma, dipende in larga misura dal modo in cui i problemi decisionali sono descritti; v. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 71.

⁽⁹⁰⁾ GUEGUEN, *Psicologia del consumatore*, Bologna, 2009, p. 19.

⁽⁹¹⁾ Per tutti cfr. *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007, *passim*.

⁽⁹²⁾ «La normativa di ispirazione comunitaria ci dice che le concrete operazioni di scambio a causa dell'approfittamento della limitata razionalità del consumatore e dei costi transattivi che incontra, non avvengono in modo corrispondente al modello ideale di scambio libero e consapevole e sono pertanto inefficienti (e anche inique)»; così GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., p. 37 ss.

Il legislatore ritiene, in sostanza, che il tipo di organizzazione dell'informazione possa indurre l'individuo a prendere decisioni che diversamente non prenderebbe⁽⁹³⁾. La questione giuridica diviene, quindi, quella di individuare i limiti oltre i quali si può parlare di un indebito condizionamento o di una induzione in errore⁽⁹⁴⁾. Tuttavia, è evidente che influenzare le decisioni dei consumatori non equivale a trarli in inganno⁽⁹⁵⁾.

In verità, occorre ammettere che le persone, anche se disponessero di informazioni complete ed esaustive, dovrebbero comunque fare i conti con la loro limitata capacità di elaborarle e con la loro «irrazionalità» negoziale. Queste considerazioni sono foriere di considerazioni sulla c.d. «sovra»-protezione del consumatore⁽⁹⁶⁾, al punto da deresponsabilizzarlo, per

⁽⁹³⁾ *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di Caterina, Milano, 2008, p. 15 ss.

⁽⁹⁴⁾ In tema CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 73.

⁽⁹⁵⁾ Si pensi, per tutti, ai prezzi con terminazione 9 che, come noto, provocano una sensazione di convenienza nell'acquirente. Allo stesso modo «il consumatore valuta più favorevolmente uno sconto percentuale rispetto ad uno assoluto, anche se quest'ultimo corrisponde ad un valore monetario maggiore» (BONINI e HADJICHRISTIDIS, *Il sesto senso. Emozione e ragione nella decisione*, Milano, 2009, p. 45): «ad esempio, uno sconto del 33% su un prezzo iniziale di 15 euro risulta di fatto più attraente per il consumatore di uno sconto di 5 euro». Secondo alcuni studi l'effetto è più forte su coloro che hanno una scarsa abilità matematiche, il che però rafforza l'intento evidente di indurre in errore se non almeno condizionare la scelta di acquisto, al punto che si ritiene che uno sconto percentuale risulti più convincente di un'indicazione in cifra assoluta di pari valore (GRAFFEO e BONINI, *The Effect of the Mental Accounting on People with Different Levels of Numeracy Ability* (reperibile all'indirizzo http://www3.unitn.it/events/emotion/download/wp_CEEDM.pdf, 2007). Difficile, però ritenere che possa parlarsi in tali casi di pratiche scorrette. E lo stesso è da dirsi per informazioni promozionali di apparente «gratuità» (si pensi alle classiche campagne del tipo «paghi 2 e prendi 3»), che hanno il vantaggio di generare una vera e propria illusione di convenienza, tale per cui l'individuo tende a sopravvalutare largamente il risparmio sul singolo prodotto. D'altronde, è ben documentato che esiste «un effetto positivo dei prezzi a terminazione 9 sul comportamento di acquisto delle persone». Tale effetto si lega verosimilmente ad un errore di percezione del prezzo. Ad esempio, secondo uno studio facendo passare il prezzo di un prodotto da 30 a 31,99 piuttosto che da 30 a 32, «i consumatori che, esposti alle due etichette a due giorni di intervallo, non si accorgono dell'aumento sono più numerosi rispetto al secondo caso. È difficile negare, però, che prezzi come 19,99 € non sembrano avere altro scopo che quello di indurre (magari sporadicamente) in errore una parte (magari minoritaria) dei consumatori. Naturalmente, è verosimile che qualunque consumatore, non appena si soffermi a considerare approfonditamente la convenienza di un certo prodotto, si renda perfettamente conto della totale insignificanza di una differenza di prezzo pari a un centesimo; ciò non toglie, però, che i prezzi a terminazione 9 possano indurre in un errore almeno temporaneo, producendo appunto un «effetto di aggancio». Di conseguenza ciò provoca una «distorsione dell'attività di giudizio e di valutazione»; si esprime così CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 79-80, il quale, citando testualmente GUEGUEN, *Psicologia del consumatore*, cit., p. 26, mette in luce come tale fenomeno si riveli «congruente con le comuni strategie di comunicazione delle offerte commerciali nelle vendite al dettaglio».

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *amplius* WILHELMSSON, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in

taluni persino alla stregua di un minore, disincentivandolo (come avviene di fatto) persino dal leggere i contratti che sottoscrive e dal porre un'attenzione quantomeno minima nell'assumere le proprie decisioni ⁽⁹⁷⁾. E d'altronde, sono molte le imprese che investono proprio nello studio e pianificazione di strategie commerciali tese ad attrarre gruppi di consumatori sempre più numerosi, anche al punto di distogliere risorse dall'impegno di accrescere la qualità dei propri prodotti e servizi o di contenerne il prezzo ⁽⁹⁸⁾.

Senza dubbio il brocardo «*nec stultis solere succurri, sed errantibus*» torna a stimolare le attuali riflessioni di giuristi ed economisti, sempre più critici verso un ordinamento (in prevalenza oggi di matrice europea) che appare eccessivamente paternalista nei confronti dei consumatori, protetti da scelte sbagliate frutto della loro stessa mancanza di diligenza pur minima ⁽⁹⁹⁾. Il diritto richiede, invece, di distinguere «ragionevolmente» tra decisioni libere e consapevoli o viceversa frutto di errore, manipolazione o coazione psicologica ⁽¹⁰⁰⁾. Ci si chiede, allora, «in che misura invece l'ordinamento giuridico abbia il compito di riportare la competizione su terreni più appropriati» ⁽¹⁰¹⁾.

9. – Se l'espansione dell'economia al di là dei confini statali ha fatto sì che il diritto statale si rivelasse inadeguato alle nuove dimensioni dei traffici, sono stati soprattutto i mercati finanziari internazionali a sottrarsi decisamente, al suo controllo ⁽¹⁰²⁾. La relazione tra l'economia reale – quella della produzione e dello scambio dei prodotti, dell'investimento dei capitali nelle imprese, della ricerca di un profitto continuativo nel corso del tempo – e i flussi finanziari nei mercati borsistici è diventata sempre più problematica, talvolta addirittura indecifrabile. Questa relazione è ormai sottratta all'ambito dell'ordinamento giuridico statale ⁽¹⁰³⁾.

Eur. Law J., 2004, p. 726 ss.; ID., *The abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law*, in *J. Consumer Policy*, 2004, p. 317 ss.

⁽⁹⁷⁾ CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 81.

⁽⁹⁸⁾ KAHNEMAN, *Preface*, in *Choices, values, and frames*, eds. Kahneman e Tversky Cambridge, 2000, p. XVI.

⁽⁹⁹⁾ Così ancora CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 81.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. DEVENNEY e KENNY, *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge, 2012.

⁽¹⁰¹⁾ Il quesito è di CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 82.

⁽¹⁰²⁾ Molteplici spunti di riflessione in GENTILI e DI RAIMO, *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema*, Napoli, 2016.

⁽¹⁰³⁾ ROSSI, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, cit., p. 36.

I mercati finanziari sono tradizionalmente fondati sul paradigma teorico della «razionalità» (economica e comportamentale) tanto degli investitori quanto degli operatori del mercato, che agiscono tutti ugualmente secondo criteri di massimizzazione delle proprie prospettive di guadagno ⁽¹⁰⁴⁾.

Secondo tale modello tradizionale, il funzionamento corretto ed efficiente del mercato presuppone che gli investitori siano resi destinatari di (o perlomeno abbiano accesso a) tutte le informazioni rilevanti (anche in dettaglio) riguardanti mercati, emittenti, intermediari e prodotti ⁽¹⁰⁵⁾.

Gli studi più recenti di finanza comportamentale (*behavioral finance*) ⁽¹⁰⁶⁾, hanno dimostrato, in modo empirico, che le scelte economiche di tali soggetti, tutti parimenti coinvolti, sono ben lungi dal rispecchiare il tradizionale modello astratto di razionalità ⁽¹⁰⁷⁾. Per gli argomenti sopra illustrati, anche nel settore finanziario, operatori economici e clienti (ma lo stesso è a dirsi per lo stesso legislatore e i soggetti regolatori) ⁽¹⁰⁸⁾ sono influenzati tutti da errori di ragionamento e di preferenze. In astratto incompatibili con il paradigma classico della razionalità delle scelte, tali errori sono tuttavia tipici, frequenti e prevedibili in quanto conseguenti a *deficit* e vincoli cognitivi degli individui ⁽¹⁰⁹⁾. Gli errori propri del comportamento degli agenti, studiati dalla *behavioral finance* sono, difatti, in grado di incidere tanto tra le parti del singolo rapporto di investimento (caratterizzato da una evidente asimmetria tra le parti), quanto sul piano generale del corretto funzionamento dei mercati dei capitali (connotato da noti elementi di rischio, nonché instabilità dei processi decisionali) ⁽¹¹⁰⁾.

In una prospettiva più ampia, si rileva allora come nel mercato finanziario quella che può definirsi la funzione sociale del diritto dei contratti, proteso verso modelli di chiarezza e correttezza (tanto più in presenza

⁽¹⁰⁴⁾ MORERA e MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole...ma soprattutto persone*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, p. 19 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ *Amplius* in generale sul tema lo studio di GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 257-304.

⁽¹⁰⁶⁾ OLDBERG e VON NITZSCH, *Behavioral finance*, Chichester, 2001; *Behavioral finance*, a cura di Shefrin, Cheltenham-Northampton, 2001.

⁽¹⁰⁷⁾ MORERA e MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole*, cit., p. 20.

⁽¹⁰⁸⁾ MORERA, *Legislatore razionale versus investitore irrazionale quando chi tutela non conosce il tutelato*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, p. 77 ss. Per quanto riguarda invece i problemi attinenti alla irrazionalità inevitabile dei giudici cfr. BONA, *Sentenze imperfette*, Bologna, 2010.

⁽¹⁰⁹⁾ *Critica della ragione economica*, a cura di Motterlini e Piattelli Palmarini, Milano, 2005.

⁽¹¹⁰⁾ Spunti di interesse sul tema in NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012.

della sopra evocata razionalità imperfetta degli individui), è, sotto un certo aspetto, quella di garantire la concorrenza tra gli operatori e, per un altro, di garantire anche il «corretto funzionamento» del mercato a protezione dei clienti (investitori e risparmiatori in genere), nel più vasto quadro della tutela dell'ordine pubblico economico ⁽¹¹¹⁾.

Si rileva, tuttavia, la necessità di predisporre meccanismi e tecniche di correzione (o, quantomeno, contenimento e prevenzione) degli errori cognitivi e comportamentali, con l'avvertenza che l'intervento non dovrà (*rectius* dovrebbe) mai prescindere dal principio in base al quale ciascuno individuo, in quanto libero di disporre del proprio patrimonio, è tenuto a sopportare le conseguenze delle proprie scelte finanziarie ⁽¹¹²⁾.

Per questo, specialmente in tale settore, i rimedi preventivi e di sostegno nella scelta agli investitori (senza che si arrivi ad una loro deresponsabilizzazione, come talvolta si rischia, attraverso l'utilizzo di indiscriminate regole di indennizzo o responsabilità oggettiva degli emittenti e degli intermediari) sono quantomai preziosi e persino strategici ⁽¹¹³⁾.

In un'ottica rimediale ⁽¹¹⁴⁾, è opportuno sottolineare, pertanto, come l'«irrazionalità inevitabile» dell'investitore così ben descritta dalla finanza comportamentale, sia da configurarsi alla stregua di un elemento (certamente di primaria importanza) di asimmetria. È invece da escludersi che

⁽¹¹¹⁾ Sul punto MORERA e MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole*, cit., p. 35, evocano il tradizionale intervento regolatore, proprio del settore bancario «teso ad evitare che l'illiquidità della banca ed il contagio tra banche possa determinare un rischio sistemico per l'intero segmento». Cfr. art. 5, comma 1, TUB («Finalità e destinatari della vigilanza»).

⁽¹¹²⁾ Come ben illustrato da MORERA e MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole*, cit., p. 36, occorre evitare che ne risulti gravemente minato il corretto funzionamento del mercato, favorendo (pur indirettamente) scelte di vero e proprio «azzardo morale» «laddove gli investitori sarebbero all'evidenza incentivati ad intraprendere comportamenti eccessivamente rischiosi, sulla convinzione che i costi associati ad un eventuale esito negativo sarebbero poi sopportati da altri operatori o, addirittura, dalla collettività».

⁽¹¹³⁾ Per tutti ALPA, *La trasparenza nei contratti bancari*, Bari, 2003.

⁽¹¹⁴⁾ Sul tema dei «rimedi»: DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss., il quale esamina l'approccio al tema del contratto basato sui rimedi, tipico dei sistemi di *Common Law*, confrontandolo con la prospettiva tipica dei sistemi di *Civil Law*, basata sul riconoscimento dei diritti. L'a. osserva che non si tratta più esclusivamente di garantire che le regole della formazione del contratto siano rispettate in ossequio del principio della parità formale tra le parti, ma anche che il contratto realizzi, con l'ausilio appunto dei rimedi, effetti distributivi adeguati sul piano delle relazioni sociali. Cfr. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.; si veda altresì lo studio di SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 852 ss.; MAZZAMUTO e PLAIA, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, II, p. 739 ss.; SIRENA e ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, III, p. 359 ss.; VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.

esso possa costituire (di per sé) causa di «incapacità» naturale di intendere e di volere in senso tecnico-giuridico, in quanto tale determinante per l'eventuale applicazione degli istituti civilistici di protezione dell'individuo. Anche il rimedio dell'annullamento del contratto (ma lo stesso dicasi per il requisito della malafede dell'altro contraente) andrebbe valutato con la dovuta attenzione, nella consapevolezza che, altrimenti, così inquadrando la fattispecie in discussione, tutti i contratti finanziari sarebbero annullabili, nel presupposto che ciascun intermediario contraente sarebbe ben consapevole dello stato di «razionalità imperfetta» del contraente ⁽¹¹⁵⁾.

Del pari, l'elemento dell'irrazionalità dell'individuo investitore non sembra di per sé possa costituire elemento atto a menomare la formazione della volontà, nella tradizionale prospettiva dei vizi (errore, violenza e dolo) della volontà contrattuale. L'irrazionalità «inevitabile» è una scelta errata dovuta non a «false» o «forzate» rappresentazioni del reale, bensì a erronei convincimenti frutto di distorte visioni del reale ⁽¹¹⁶⁾.

Sembra *ex adverso* congruo ritenere che l'intermediario possa giovare della diminuzione (esenzione) delle pretese risarcitorie soltanto a condizione che abbia positivamente adempiuto a tutti gli obblighi incombenti a suo carico per la tutela dell'investitore ⁽¹¹⁷⁾.

In tale ottica, è bene evidenziarlo, anche l'eccesso di informazione può ben essere causa di distorsioni cognitive e decisionali («*overconfidence*»). Contrariamente a quanto sostenuto dalla teoria classica, difatti, l'informazione non è dato in sé neutrale ed obiettivo. Appare rimedio migliore, di tipo preventivo, promuovere una seria comparabilità delle condizioni pra-

⁽¹¹⁵⁾ Si veda ancora MORERA e MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole*, cit., p. 37.

⁽¹¹⁶⁾ MORERA e MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole*, cit., p. 38.

⁽¹¹⁷⁾ Si precisa che: «Non rinunciando comunque ad indagare, almeno in prospettiva futura, se possa considerarsi sufficiente il formale rispetto della disciplina a tutela dell'investitore previsto dalla normativa di settore (...), ovvero se necessita anche la prova dell'intermediario di aver posto in essere, in concreto, tutto quanto necessario al fine di evitare il danno in capo all'investitore (come ci sembra debba concludersi quando l'intermediario abbia percezione di un problema di "irrazionalità" nella autopercezione o nella presentazione del cliente, come avviene quando, ad esempio nella compilazione del profilo di rischio si manifestano incongruenze non razionalmente spiegabili); così MORERA e MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole*, cit., p. 39. «D'altra parte, deve sottolinearsi come la tecnica di acquisizione delle informazioni da parte del cliente ("*know your customer rule*") non consenta mai l'assunzione di informazioni obiettive, ma sia, a sua volta, soggetta ad errori di ragionamento sulle preferenze» (p. 40). In questo caso: «invero, solo un'accurata redazione dei moduli consentirebbe di correggere a dovere le distorsioni percettive recepite nel profilo di rischio. Occorre anche chiedersi se la formulazione di questionari inidonei (nel senso suddetto) alla rilevazione dell'effettivo profilo di rischio dell'investitore possa determinare conseguenze in capo alle parti» (p. 41).

ticate per lo stesso bene/prodotto o contratto, mediante un confronto esplicito tra costi (oneri e commissioni) e altre condizioni (recesso, garanzie collegate ecc.), in modo da offrire al cliente un aiuto nel selezionare l'offerta migliore più corrispondente ai propri interessi ⁽¹¹⁸⁾.

10. – Il risultato di un quadro di regole chiare, consapevole del loro impatto su cittadini, imprese e amministrazioni, che comportano minori costi e maggiori benefici (anche per questo accettate da destinatari adeguatamente coinvolti nel processo di produzione) è un elemento essenziale dello stato di diritto, che incide sullo sviluppo socio-economico dei Paesi e risponde alle esigenze delle moderne democrazie ⁽¹¹⁹⁾. Il miglioramento della «qualità delle regole» ⁽¹²⁰⁾ è, dunque, un'esigenza cruciale non soltanto per un migliore funzionamento delle istituzioni democratiche ⁽¹²¹⁾, ma anche per la loro crescita economica e sociale.

Tenendo debitamente conto delle reazioni non necessariamente razionali dei destinatari delle regole, il problema si trasla sul piano degli strumenti che l'intervento pubblico è chiamato ad adottare, imponendo una misurazione ed un confronto delle ricadute delle diverse opzioni che astrattamente potrebbero dare una risposta adeguata ad un'esigenza di regolazione (compresa l'opzione di non intervento) ⁽¹²²⁾.

In tale quadro, la *default rule* si configura come un esempio di opzione di regolazione definita pungolo (*nudge*) o «spinta gentile» nella direzione di promuovere il benessere delle persone rendendole effettivamente libere di scegliere. «Le scelte non vengono bloccate o rese eccessivamente one-

⁽¹¹⁸⁾ In tal senso MORERA e MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole*, cit., p. 48, che sollecitano una comparabilità dei prodotti anche tramite internet. Si ricordi, al riguardo, un primo tentativo nel settore bancario (specie in quello dei conti correnti) con il Progetto «Pattichiari» promosso a suo tempo dall'ABI.

⁽¹¹⁹⁾ RANGONE, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, p. 151 ss. e spec. p. 156.

⁽¹²⁰⁾ DE BENEDETTO, MARTELLI e RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; RANGONE, *Mercati finanziari e qualità delle regole (Economic analysis of financial regulation)*, in *Banca impr. soc.*, 2010, p. 55 ss.

⁽¹²¹⁾ Di ampio respiro le riflessioni di FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 1 ss.; ID., *Per un costituzionalismo di diritto privato* (Relazione al convegno «Riflessioni sul diritto privato futuro», svoltosi presso l'Università di Camerino, 23-24 ottobre 2003), in *Riv. cri. dir. priv.*, 2004, p. 11 ss.

⁽¹²²⁾ In Italia un'analisi di impatto della regolazione viene prevista in via sperimentale nel 1999 per la regolazione governativa (e resa vincolante a dieci anni di distanza) e nel 2003 imposta quanto alle misure generali delle autorità amministrative indipendenti. Critico LUPO, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, p. 421 ss.

rose» ma viene organizzato un contesto che possa fungere, appunto, da spinta gentile ⁽¹²³⁾.

La regolazione attraverso la *default rule*, in determinati contesti, in effetti, può avere, come sopra argomentato, un impatto rilevante sui comportamenti dei destinatari della stessa ⁽¹²⁴⁾. Ecco perché, la regolazione deve necessariamente essere il frutto di un agire consapevole dell'ente (soggetto) regolatore, nell'ambito di un processo decisionale volto alla scelta dell'opzione di regolazione alla luce delle esigenze rilevate, degli obiettivi perseguiti e delle ricadute sui destinatari diretti e indiretti, sforzandosi di regolare in modo da «ottenere risultati nel modo meno oneroso possibile» ⁽¹²⁵⁾. Ciò significa prendere in considerazione le alternative di regolazione realizzabili (compresa l'opzione di non intervenire) e valutarle anche nella ragionevole considerazione della presumibile reazione di destinatari non necessariamente razionali. «Queste indicazioni si pongono in linea con l'esigenza di porre al centro dell'attenzione dei decisori pubblici le persone reali, con le loro passioni, indicazioni, preferenze, debolezze» ⁽¹²⁶⁾.

La sfida del moderno diritto dei contratti è, in definitiva, ancora quella di salvare Ulisse dal canto delle Sirene.

⁽¹²³⁾ Così RANGONE, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, cit., p. 162, la quale ricorda che in tale direzione ha agito anche la regolazione governativa statunitense (l'*Office of Information and Regulatory Affairs dell'Office of Management and Budget*) nel *Memorandum on Disclosure and Simplification as Regulatory Tools* del 2010 che invita i regolatori a prendere in seria considerazione «spinte gentili», come le opzioni di *default* o la *active choosing*.

⁽¹²⁴⁾ RANGONE, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, cit., p. 163.

⁽¹²⁵⁾ Così la Commissione europea nella «consultazione delle parti interessate sulla «regolamentazione intelligente»», del 25 aprile 2010.

⁽¹²⁶⁾ RANGONE, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, cit., p. 166, che – con riferimento all'attività dell'*Office of Information and Regulatory Affairs* – richiama espressamente SUNSTEIN, *Humanizing Cost-Benefit Analysis*, in *Administrative Law Rev. Conference*, February 17, 2010.

ALESSIO REALI

La dispensa dalla collazione: diritto potestativo del donatario indisponibile e atto del donante irrevocabile?

SOMMARIO: *Parte prima:* sull'irrinunciabilità alla dispensa dalla collazione, da parte del donatario, dopo la morte del donante. – 1. Introduzione: il *dictum* giurisprudenziale sull'irrinunciabilità alla dispensa e due casi pratici speculari ad esso sottoposti. – 2. Ricostruzione storica delle varie opinioni enunciate da dottrina e giurisprudenza sulla dispensa dalla collazione e analisi critica del principio di diritto, apparentemente consolidato, statuito da Cass., 29 luglio 1961, n. 1845. – 2.1. Premessa: la funzione della collazione. – 2.2. Il postulato logico-giuridico posto a fondamento di Cass. n. 1845/1961 e la cronistoria dell'interpretazione della disciplina della dispensa dalla collazione dal XIX secolo ad oggi. – 2.3. Osservazioni critiche sull'esistenza di un rapporto di accessorialità tra dispensa dalla collazione e atto di donazione. – 2.4. La dispensa quale diritto potestativo del donatario e conclusioni sulla sua presunta irrinunciabilità, dopo la morte del donante. – *Parte seconda:* sull'irrevocabilità della dispensa, compiuta per atto *inter vivos*, da parte del donante. – 3. Sulla rinuncia alla dispensa, da parte del donatario, anche in vita del donante e sulla *quaestio* dell'irrevocabilità della dispensa inserita in donazione *ex parte donantis*: osservazioni sulla struttura della dichiarazione di dispensa, analogie di disciplina tra la liberalità *mortis causa* nascente da una dispensa da collazione e la liberalità stipulante-terzo *ex art.* 1412 c.c. e conclusioni. – 3.1. Sull'astensione dall'esercizio dell'azione di rinuncia alla dispensa, da parte del donatario, in vita del donante e sull'*impasse* dell'irrevocabilità della dichiarazione di dispensa del donante posta in essere per atto *inter vivos*: il problema dell'art. 1333 c.c. e dei rapporti con il divieto dei patti successori e la tutela dell'autonomia privata del dichiarante. – 3.2. La disciplina del contratto a favore di terzi con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante quale fattore integrativo del diritto del donante alla libera disponibilità della dichiarazione di dispensa.

1. – L'istituto della dispensa dalla collazione è stato studiato in modo approfondito alla fine del XIX secolo ⁽¹⁾, e fino a qualche lustro oltre la metà del XX secolo ⁽²⁾, quando la donazione costituiva lo strumento

⁽¹⁾ Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle Successioni*, VI, Firenze, 1876, § 33-41, p. 63-79 e *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5^a ed., VI, II, Firenze, 1923, § 260 ss., p. 202 ss. e p. 319-324 (in «Note aggiunte», a cura di Venzi); MELUCCI, *Trattato teorico-pratico delle collazioni ed imputazioni secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1880, p. 57-162; LOSANA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il codice civile italiano*, 1^a e 2^a ed., Torino, 1888 e 1911, p. 425-437 e p. 419-432.

⁽²⁾ Cfr. CASULLI, *La dispensa dalla collazione delle liberalità palliate con la forma del contratto oneroso o per interposizione di persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 19 ss.; MIGNOLI, *Se*

attorno al quale ruotavano le operazioni *inter vivos* di passaggio intergenerazionale dei patrimoni, e non erano ancora esplosi i problemi legati alle azioni dei legittimari, lesi o pretermessi, contro i terzi aventi causa dal donatario.

Ciò è avvenuto, peraltro, proprio mentre la giurisprudenza, quasi allo spirare di quest'arco temporale, esaminando le strutture elaborate nella prassi, indirizzava l'interpretazione futura della disciplina della dispensa (in particolare quella della sua disponibilità, da parte del beneficiario) in una direzione discutibile ⁽³⁾, per le ragioni di cui *infra*; oltretutto propagandata, in seguito, in assenza di ulteriori analisi, come consolidata ⁽⁴⁾.

Così che, oggi, ci si trova in una realtà in cui crescono spesso, in materia, nella mente degli operatori del diritto:

a) l'incertezza circa la fattibilità di operazioni che dovrebbero risultare, già di primo acchito, quantomeno neutre e, in vero, più che meritevoli di tutela; e

b) il dubbio sulla disponibilità di diritti che dovrebbero ritenersi liberamente gestibili da parte dei loro titolari, sia in una prospettiva sistematica e di logica giuridica, sia sul piano dell'interesse generale alla giustizia sostanziale.

Il riferimento è, nella prima ipotesi, ad esempio, ad una fattispecie in cui più figli, coeredi dello stesso *de cuius*, abbiano ricevuto tutti delle donazioni, diseguali sul piano economico, con dispensa ciascuno dalla collazione rilasciata nell'atto donativo; e, in presenza di una successione *ab intestato* e di un *relictum* di scarso rilievo, intendano prestare acquiescenza a quanto posto in essere, in vita, dal *de cuius* e, per l'effetto, conservare quanto ricevuto e dividersi il residuo, tramite: *i*) reciproca rinuncia alla dispensa dalla collazione; *ii*) collazione per imputazione dei donata; *iii*) distribuzione dei *relicta* senza conguagli.

Mentre, nella seconda ipotesi, il riferimento è, ad esempio, al caso di un donante/*de cuius* che abbia eseguito in vita una donazione in conto di

la dispensa dalla collazione debba essere espressa, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 80 ss.; CASSISA, *In tema di dispensa dalla collazione e dalla imputazione ex se*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 910 ss.; *Id.*, *A proposito di un singolare caso di donazione in conto della quota legittima e per l'eccedenza sulla disponibile del donante e con dispensa dalla collazione* (*Appunti in tema di divisione ereditaria*), in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 101 ss.; FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, p. 243-305; *Id.*, *Della Divisione*, in *Comm. c.c.* a cura di Scialoja e Branca, *Libro II, Delle successioni*, art. 713-768, Bologna-Roma, 1970, p. 339 ss.; TAMBURRINO, *Osservazioni sulla natura della dispensa dalla collazione*, in *Aa.Vv.*, *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, II, p. 763-783; CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 709-717.

⁽³⁾ V. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 100 ss.

⁽⁴⁾ V. da ultimo Cass., 1° ottobre 2003, n. 14590, in *Riv. not.*, 2004, II, p. 1037 ss.

legittima e per l'eccedenza sulla disponibile, con dispensa dalla collazione posta in essere con l'atto donativo; ed il donatario/erede, in regime di successione *ab intestato*, si trovi ad essere destinatario, per riunione del *relictum* e del *donatum*, *vis-a-vis* gli altri coeredi del *de cuius* (ed essi soltanto), di un *quantum* pari o superiore alla quota di riserva (spettantegli per legge, *ex artt.* 536 c.c. ss.) ma, al tempo stesso, inferiore a quanto dovutogli in qualità di successibile (*ex artt.* 565 c.c. ss.).

Due fattispecie, quelle descritte, che, nell'ottica del singolo (co)erede, sono speculari, ma che sembrano dover forzosamente condividere un principio giuridico alquanto limitativo dei diritti dei donatari dispensati, che si concretizza nel *dictum* per cui «la dispensa dalla collazione contenuta in un atto di donazione deve ritenersi unilateralmente irrinunciabile da parte del donatario» ⁽⁵⁾.

Fatta la premessa, si procederà ora, dapprima, ad un sintetico richiamo dei presupposti di fattibilità dell'operazione sottostante al primo caso e, poi, ad un'attenta ricostruzione delle varie opinioni dottrinali e giurisprudenziali enunciate tempo per tempo sulla dispensa dalla collazione. Terminato questo procedimento, si effettuerà quindi un'analisi critica delle ragioni logico-giuridiche fin qui poste, dai giudici, a fondamento del principio dell'irrinunciabilità alla dispensa da parte del donatario. Analisi critica, all'esito della quale – si ritiene – emergeranno, *ipso facto*, sia le ragioni per giustificare l'adozione del medesimo approccio ad ambedue le fattispecie esemplificate, sia la rivedibilità di un principio di diritto a tutt'oggi promosso quale indiscutibile. Un principio che statuisce l'indisponibilità di una posizione giuridica che, come quella di beneficiario di una dispensa da collazione, dovrebbe al contrario ritenersi integralmente ed individualmente fruibile da parte del suo titolare.

Nella seconda parte del lavoro, infine, si cercherà di far comprendere come, anche soltanto per reciprocità, sussistano oggigiorno, perfino in rapporto al donante, nonostante i dubbi avanzati in passato da alcuni autori, i presupposti di fatto e di diritto per affermare che la dispensa dalla collazione sia da ritenersi sempre revocabile da costui, anche quando posta in essere per atto *inter vivos*, fino al momento della sua morte.

2.1. – È intuitivo che, per sostenere l'eseguibilità dell'operazione tratteggiata nella prima fattispecie del paragrafo precedente, occorra muovere

⁽⁵⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 101; Id., 7 maggio 1984, n. 2752, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, p. 914 e in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Successione ereditaria*, n. 23, c. 2948; Id., 1° ottobre 2003, n. 14590, cit.

dall'individuazione del rilievo che deve essere attribuito, all'interno del "sistema" collazione, all'istituto della dispensa, prevista dall'art. 737 c.c.; più precisamente, dalla possibilità, per un qualsiasi donatario, di derogare a quanto stabilito dalla legge sull'argomento.

Nondimeno, è altrettanto chiaro che per comprendere se la dispensa dalla collazione sia disponibile o meno da parte di coloro a favore dei quali venga accordata, si deve innanzitutto convenire su quale sia, se non il fondamento della collazione ⁽⁶⁾, quantomeno la sua funzione. Ed in questo senso, appare appropriato richiamare il pensiero di chi, al termine di un articolato lavoro, è giunto a dimostrare, *ex ceteris*, che la collazione ha lo scopo di assicurare «agli aventi diritto, proporzionalmente alle rispettive quote ereditarie, la redistribuzione (...) di quella parte del patrimonio, di cui il *de cuius* abbia disposto in vita, sulla quale, come meri legittimari, nulla potrebbero pretendere: la porzione disponibile» ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Fondamento che ha creato non pochi problemi agli autori che l'hanno studiato durante il XIX ed il XX secolo, fino a che si è giunti ad una situazione in cui – si è scritto – «la frattura creatasi nel tempo tra realtà sociale e stratificazione normativa (...) finisce col privare di reale valore (...) la determinazione preventiva della *ratio legis* (dell'istituto, *n.d.a.*). Tanto da giustificare l'opzione scettica di chi valuta, oggi, il problema non più meritevole di ulteriore discussione» [cfr. AMADIO, *Comunione e coeredità (Sul presupposto della collazione)*, in *Dir. priv.*, 1998, p. 279 ss., p. 283-284]. Per inciso, il pensiero trae spunto anche da quanto rilevato in precedenza da Carnevali (v. voce *Collazione*, in *Digesto, disc. priv.*, II, Torino, 1988, p. 472 ss., p. 472); il quale, peraltro, non è il primo ad aver realizzato ciò, se è vero che già nel 1888 era stato segnalato che «pochi istituti giuridici offrono difficoltà pari a quella che presenta il tema della collazione» (cfr. LOSANA, *Le disposizioni comuni*, cit., p. 409). Ancora, sul punto, cfr. COVIELLO, *Delle successioni (Parte generale)*, 3^a ed., Napoli, 1932, p. 418; GIANNATTASIO, *Delle successioni (Divisione – Donazione)*, in Aa.Vv., *Commentario del codice civile*, II, 3, Torino, 1964, art. 737, p. 99 ss., p. 99; DE MICHEL, *Il fondamento della collazione e la dispensa di cui all'art. 737 c.c.*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 269 ss., c. 271. Mentre, per una sintesi delle varie tesi avanzate sul fondamento della collazione, cfr. FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, *Libro II, Delle successioni*, art. 713-768, 2^a ed., Bologna-Roma, 2000, p. 346 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. AMADIO, *op. cit.*, p. 329. Si noti che, ai fini di specie, sarebbe stato sufficiente riportare che «la collazione serve a rimuovere la disparità di trattamento che le donazioni creerebbero ed a ristabilire la situazione di uguaglianza tra coeredi» (v. Cass., 27 gennaio 1995, n. 989, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 269 ss., c. 270; conformi *ex plurimis* Cass., 4 agosto 1982, n. 4381, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, p. 1594-1595; Id., 19 novembre 2004, n. 21896, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 2725-2726; Id., 18 luglio 2005, n. 15131, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 1534-1535; Id., 10 febbraio 2006, n. 3013, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1235, con nota di Tedesco). Tuttavia, il passaggio appena citato non rende merito a quella giurisprudenza che, soprattutto nel caso della simulazione della vendita posta in essere dal *de cuius* per dissimulare una donazione, ha dichiarato che «l'azione di riduzione rispetto alla "*petitio hereditatis*", ha una diversa "*causa petendi*", consistente nella qualità di erede necessario e nell'avenuta lesione della quota di legittima, ed un diverso "*petitum*", essendo intesa ad ottenere una diminuzione quantitativa od anche una totale eliminazione delle attribuzioni patrimoniali compiute in favore degli altri eredi o di terzi e mirando a far dichiarare

Se è così, però, dunque, dovrebbe già discendere che la dispensa dalla collazione – che consiste nell'attribuzione, dal donante (peraltro, nella sua qualità di *de cuius*) al donatario (nella sua qualità di coerede), di un *quid pluris* avente ad oggetto diritti destinati a prodursi in capo al secondo, a discapito degli altri coeredi, dopo la morte del primo – sia da ritenersi disponibile dal donatario/coerede a beneficio del quale sia stata posta in essere. Al pari di quanto sono ritenute disponibili, inoltre, sia la collazione in sé⁽⁸⁾, sia, nel contesto della sua disciplina, una serie di altre questioni che sono espressamente trattate dalle norme del Codice civile⁽⁹⁾.

inefficaci nei confronti del legittimario attore le disposizioni testamentarie o le donazioni nella misura necessaria per reintegrare la quota di riserva, l'azione di riduzione incide nei confronti degli atti di disposizione, che le sono soggetti, nei limiti di ciò che è necessario a ricostituire la quota di riserva» (v. Cass., 30 luglio 2002, n. 11286, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 77). In dottrina, concordano che la collazione risponda al bisogno di evitare disparità di trattamento tra coeredi e di creare tra loro una sorta di “*par condicio*”/“giustizia distributiva”, PACIFICI-MAZZONI, *Trattato*, cit., § 23, p. 44; COVIELLO, *Delle successioni*, cit., p. 418; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, § 68, p. 183; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9ª ed., VI, Milano, 1962, p. 608; BONILINI, *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 1986, p. 153-154; VISALLI, *La collazione*, Padova, 1988, p. 36; PALAZZO, *Le successioni*, 2ª ed., II, Milano, 2000, p. 1001.

⁽⁸⁾ Sulla natura dispositiva della collazione cfr. FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., p. 348-350 [dove si riporta solo – v. nt. 1 – che «la natura dispositiva delle norme sulla collazione (...) non consente al testatore di imporre al donatario obbligato alla collazione, nel caso in cui questa possa alternativamente essere effettuata in natura o per imputazione, a scelta del donatario medesimo, di effettuare la collazione solo in natura o per imputazione» – affermazione cui sono allineate Cass., 6 marzo 1980, n. 1521, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, p. 657-658; Id., 4 agosto 1982, n. 4381, cit.]; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1018; IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, p. 146; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472; AZZARITI, *Donazioni indirette e valutazione dei beni ai fini della collazione. Donazioni fatte ai discendenti dell'erede*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 513 ss., c. 515-516 («le norme del codice civile sulla collazione valgono sempre che non vi siano disposizioni contrarie da parte del *de cuius* che può anche prevederne e provocarne l'inefficacia ogni qualvolta disponga che si sia dispensati da quell'obbligo, sempre che ovviamente non si violino i diritti di riserva, e che se così può dispensare, può anche imporre un obbligo di imputazione in deroga ad un principio legale valido solo in assenza di difformi disposizioni del *de cuius*»).

⁽⁹⁾ Come quelle che concernono: a) l'art. 738 c.c. (che dispone che «non sono soggette a collazione le donazioni di modico valore fatte al coniuge»), ai fini del quale un autore, ragionando sulla collazione c.d. volontaria e, in particolare, sui rapporti tra la norma in questione e l'art. 783 c.c., ha affermato che «il trattamento di favore riservato in via di eccezione al coniuge non sembra riposare su un piano irrimediabilmente sottratto alla disponibilità del *de cuius*» (cfr. SICLARI, *Il fenomeno collazione tra volontà e legge: a proposito della collazione c.d. volontaria*, Torino, 2005, p. 127); b) l'art. 739, comma 1, c.c. (attinente al fatto che l'erede non sia tenuto a conferire le donazioni fatte ai suoi discendenti o al coniuge, ancorché succedendo a costoro ne abbia conseguito vantaggio), con riguardo al quale altra dottrina si è pronunciata per la sua derogabilità da parte del testatore (cfr. AZZARITI, *Donazioni indirette*, cit., c. 514; IEVA, *op. cit.*, p. 152); c) l'art. 742 c.c. (sulle spese non soggette a collazione), che per la Cassazione non è inderogabile (v. Cass., 2 gennaio 1997, n.

2.2. – Tuttavia, come si è anticipato, l'osservazione sopra riferita si scontra, allo stato dell'arte, con alcune pronunce della Corte di Cassazione, in cui è stato statuito il principio di diritto che «la dispensa dalla collazione contenuta in un atto di donazione deve ritenersi unilateralmente irrinunciabile da parte del donatario» ⁽¹⁰⁾.

Va detto che, nella circostanza, il presupposto logico-giuridico della sua irrinunciabilità, da parte del donatario, consisterebbe nel fatto che «la dispensa non costituisca dal punto di vista sostanziale un negozio distinto dalla donazione, ma debba configurarsi come una modalità della stessa o al massimo come un elemento accessorio e incidentale» ⁽¹¹⁾. Pertanto, la non rinunciabilità, per il donatario, alla dispensa dalla collazione sarebbe legata alla natura di contratto della donazione, avente, in quanto tale, forza di legge tra le parti (*ex art. 1372 c.c.*) e passibile di scioglimento solo per mutuo consenso (oltre che per le cause ammesse dalla legge).

Senonché, se quello appena descritto è da intendersi il fondamento della predetta irrinunciabilità, allora essa dovrebbe valere non soltanto per il donatario, bensì anche per il donante (futuro *de cuius*) ⁽¹²⁾.

Figura, quella del donante, ben più studiata (rispetto a quella del donatario), proprio ai fini della disciplina della dispensa, e con riguardo alla quale è stato rilevato quanto segue.

«Nessun dubbio – si è scritto – anzitutto può sussistere sulla natura della dispensa quale atto negoziale con cui il disponente *de cuius* ha dichiarato di non volere che la donazione da lui effettuata vada soggetta a collazione» ⁽¹³⁾. «Ma trattasi di negozio *mortis causa* o di negozio *inter*

1, in *Foro it.*, 1997, I, c. 77: «Al testatore va riconosciuta la facoltà d'imporre la collazione anche per le liberalità sottratte all'obbligo di collazione legale»; conforme SICLARI, *op. cit.*, p. 128 ss.); d) l'art. 751 c.c. (sulla collazione del denaro), circa il quale la S.C. ha detto (in sintonia con il passaggio di Azzariti di cui alla nota 8) che «nella misura in cui non incide sulla quota di riserva, deve ritenersi valida, e idonea ad escludere la collazione reale, la clausola con cui il donante (nella specie in un atto costitutivo di dote) aveva stabilito che la collazione del denaro si effettuasse mediante imputazione secondo il valore legale della specie donata al tempo dell'aperta successione» (v. Cass., 26 marzo 1973, n. 836, in *Foro it.*, 1974, I, c. 213).

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 101; Id., 7 maggio 1984, n. 2752, cit., p. 914; Id., 1° ottobre 2003, n. 14590, cit.

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 117.

⁽¹²⁾ Infatti, «se si aderisce alla tesi secondo la quale, la dispensa costituirebbe una clausola della donazione (...) [il] donante non potrebbe revocare unilateralmente la dispensa, dal momento che la revoca si porrebbe contro il principio dell'immodificabilità del contratto per volontà di una delle parti» (cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4ª ed., 2, Milano, 2015, p. 1391).

⁽¹³⁾ Cfr. BURDESE, *La divisione ereditaria*, Torino, 1980, p. 309. V. inoltre FORCHIELLI,

vivos? Di negozio autonomo o di negozio dipendente (accessorio)? Di negozio necessariamente unilaterale oppure di negozio che può talvolta assumere struttura bilaterale?»⁽¹⁴⁾. Se si ragiona sempre nella prospettiva del donante, si deve indubbiamente attribuirgli «la natura di atto *mortis causa*»⁽¹⁵⁾; considerato che «ad esso è espressamente riconosciuta dall'art. 737 cod. civ. efficacia impeditiva della collazione, quale fenomeno che incide sulla determinazione delle porzioni da assegnarsi in sede di divisione ereditaria tra certi coeredi taluno dei quali abbia ricevuto liberalità per atto tra vivi dal *de cuius*, e (...) impeditivo di un particolare atteggiarsi degli effetti della successione a causa di morte»⁽¹⁶⁾.

Non solo. Si deve attribuirgli la natura di atto negoziale *mortis causa*, a prescindere dal fatto che lo stesso realizzi altresì una liberalità, supplementare rispetto a quella donativa⁽¹⁷⁾; e che esso sia contenuto in un testa-

La collazione, cit., § 2, p. 245 («Nessuno dubita che la dispensa costituisca un atto di natura squisitamente negoziale»). Ancora, *ad abundantiam* e integrazione di quanto esposto da altri autori (v. CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 709; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472; VISALLI, *op. cit.*, p. 113-114; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1018; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1389), valga solo aggiungere che, come sulla *quaestio* della dispensa attuata per testamento (di cui *infra*, alla nota 18), anche su quella della sua natura negoziale «c'è perfetta concordanza in dottrina» (cfr. ANDRINI, *La collazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, p. 111 ss., p. 139, nt. 115). Difatti, altri autori (v. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato*, cit., § 36, p. 66; AZZARTI e MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1948, p. 603; GAZZARA, voce *Collazione*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 331 ss., p. 338; MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 612) sono andati oltre questo problema, per analizzare direttamente tutti gli altri di cui a seguire.

⁽¹⁴⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 2, p. 245. V. inoltre ANDRINI, *op. cit.*, p. 139, nt. 115, dove, a *latere* di quanto riportato nella nota precedente, si è detto che «l'accordo cessa quando si tratta di stabilire se essa (la dispensa, *n.d.a.*) sia negozio *mortis causa* o *post mortem* o *inter vivos* e se sia unilaterale o bilaterale».

⁽¹⁵⁾ Cfr. BURDESE, *op. cit.*, p. 309. Questo anche perché altra dottrina aveva già rilevato che, per «la dichiarazione di dispensa contenuta nel testamento (...) è evidente che (...) è una disposizione relativa alla successione ed alla conseguente divisione dei beni fra i coeredi discendenti, il che non può lasciare dubbio del suo carattere propriamente testamentario» (v. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 6).

⁽¹⁶⁾ Cfr. BURDESE, *op. cit.*, p. 309. Concordi che la dispensa sia sempre un atto *mortis causa*, a dispetto dello strumento utilizzato per attuarla (di cui *infra* nel testo), sia quando era in vigore il Codice civile del 1865, sia dopo che è entrato in vigore il Codice civile del 1942 (prima e dopo le modifiche dell'art. 737 c.c., di cui si parlerà in seguito), sono LOSANA, *Le disposizioni comuni* (2^a ed.), cit., § 521, p. 420; GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 6; FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 247; GAZZARA, *op. cit.*, p. 338; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 709; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472; VISALLI, *op. cit.*, p. 114; ANDRINI, *op. cit.*, p. 139; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1018; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1389.

⁽¹⁷⁾ Sulla natura liberale della dispensa (sotto ambedue i Codici civili del 1865 e del 1942), v. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato*, cit., § 36, p. 66; MELUCCI, *op. cit.*, § 39, p. 69; PIOLA, voce *Successioni (Rapporti giuridici tra coeredi)*, in *Dig. it.*, XXII, Vol. XXII (Pt. IV), Torino, 1893-1902, Capo III (*Collazione legale*), p. 519 ss., p. 524, n. 17; COVIELLO, *Delle successioni*, cit., p. 446; VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*, 8^a ed., Torino, 1938, p. 769; CICU, *La*

mento ⁽¹⁸⁾ piuttosto che in un negozio *inter vivos*, come, innanzitutto, la stessa donazione oggetto di dispensa.

Infatti, a questo riguardo vale la pena di ricordare che, da un lato, se è vera ed indiscutibile la considerazione che il testamento, quale atto di ultima volontà, «è un atto *mortis causa*, non è vera la reciproca» ⁽¹⁹⁾; e che, quindi, fermi i limiti posti dall'art. 458 c.c., non sussistono incompatibilità di principio a che un atto *inter vivos* preveda disposizioni *mortis causa* ⁽²⁰⁾. Mentre, dall'altro, anche qualora si preferisse muoversi nel solco del comune pensare, ai sensi del quale «non vi è dubbio che la dispensa rappresenti una deroga al principio per cui il negozio a causa di morte si identifica con il negozio testamentario» ⁽²¹⁾, si dovrebbe comunque rilevare che la dispensa dalla collazione «è un negozio

divisione ereditaria, Milano, 1947, p. 158-159 e *Successioni per causa di morte*, Milano, 1961, p. 514; AZZARITI e MARTINEZ, *Successioni*, cit., p. 604; GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 6; FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 248; GAZZARA, *op. cit.*, p. 338; TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 765; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472; ANDRINI, *op. cit.*, p. 140; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1018; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1390 («la dispensa viene unanimemente considerata come una liberalità supplementare, analoga al legato liberatorio, perché il donatario viene esonerato dall'obbligo di conferire. Non è peraltro una liberalità indipendente, ma solo un rafforzamento di quella principale»). *Contra*, invece, MIGNOLI, *op. cit.*, § 4, p. 83-84; CASULLI, *La dispensa*, cit., § 2, p. 34-35. Tuttavia, ai fini di questo contrasto, se si contesta «la natura tecnicamente liberale della dispensa sotto il profilo che essa non determinerebbe né una diminuzione patrimoniale a carico del donante né un arricchimento a carico del donatario», si deve anche comprendere che «trattandosi di disposizioni *mortis causa*, è evidente che l'impovertimento non può verificarsi a carico del patrimonio del *de cuius*, bensì in danno dei coeredi (donatari) di questo. E sotto questo profilo non v'è dubbio che la dispensa arricchisce il donatario e, nella stessa misura, impoverisce i coeredi non donatari. Ciò avviene appunto anche nel caso del legato, in ordine alla cui natura (quanto meno) normalmente liberale non pare siasi mai dubitato» (cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 248, nt. 13, dove si è aggiunto che «i concetti di gratuità ed onerosità con riguardo ai negozi *mortis causa* assumono un significato in parte diverso da quello usuale»). Sulla natura liberale della dispensa, v. infine Cass. Napoli, 16 novembre 1886, in *Gazz. Proc.*, 1886, p. 329; Cass. Firenze, 12 dicembre 1895, in *Racc.*, 1896, I, 1, p. 35; Cass., 27 aprile 1938, n. 1433, in *Mass. Giur. it.*, 1938, c. 444 e in *Giur. comp. dir. civ.*, 1942 (VII), p. 67; Id., 10 febbraio 1947, n. 154, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, c. 95.

⁽¹⁸⁾ Circostanza su cui non si è mai dubitato, dall'emanazione del Codice civile del 1865 ad oggi. Perentori e laconici sono, da ultimi, CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472; VISALLI, *op. cit.*, p. 114; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 764; ANDRINI, *op. cit.*, p. 141; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 24, p. 500; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1391.

⁽¹⁹⁾ Cfr. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 51.

⁽²⁰⁾ *Idem*, p. 55: «La verità è che una piena contrapposizione, e feconda dal punto di vista sistematico, è possibile soltanto fra atti *inter vivos* e negozi di ultima volontà, e cioè tra questa particolare *species* dell'atto *mortis causa* e tutti i rimanenti negozi, siano o non – a loro volta – *mortis causa*». Conformi COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 4^a ed., Milano, 1929, p. 320; BARASSI, *op. cit.*, p. 42; FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 250.

⁽²¹⁾ Cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1389.

mortis causa, sia pure a struttura *inter vivos*, se contenuta in un atto *inter vivos*» (22); ed «anzi, essa costituisce l'unico esempio (accanto alla dispensa dall'imputazione *ex se*, che è una condizione per l'esercizio dell'azione di riduzione) offerto dal nostro diritto positivo di negozio *mortis causa* a struttura *inter vivos*» (23).

Per inciso, alcuni autori si sono apertamente chiesti, al momento opportuno, se potesse essere insorto qualche dubbio circa l'attuazione della dispensa per atto *inter vivos*, in virtù del «nuovo» testo dell'art. 737 c.c., come novellato dall'art. 201 della l. n. 151 del 1975, di riforma del diritto di famiglia; il quale, introducendo nel dettato della norma il termine «defunto» (24), avrebbe potuto far intendere valida, *pro futuro*, la sola dispensa effettuata per testamento (25). Peraltro, essi hanno replicato che le modifiche apportate dal legislatore del 1975 al riguardo appaiono essere state predisposte al «puro scopo di semplificare la dizione della norma» (26) e «senza un plausibile intento innovativo» (27); così, in sintesi, anche oggi, dottrina e giurisprudenza

(22) *Idem*, p. 1390; FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 250; ANDRINI, *op. cit.*, p. 139.

(23) Cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1390. V. anche Cass., 7 maggio 1984, n. 2752, cit., e Cass. 1° ottobre 2003, n. 14590, cit., dove, al di là delle critiche di cui *infra*, si è statuito che la dispensa dalla collazione è «destinata ad avere efficacia dopo la morte del donante». Infine, si noti che quanto appena riferito è la sintesi del pensiero di chi aveva sottolineato come il regime positivo della dispensa rappresenti una rilevante eccezione alla regola generale perché «la legge, come ben sappiamo, consente infatti (per ovvie ragioni di praticità e di economia negoziale) che la dispensa assuma, nella forma e nella sostanza, la veste di un negozio *inter vivos*, pur restando intatta la sua essenziale funzione di regolamento patrimoniale *mortis causa*» (cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 250).

(24) L'art. 737 c.c. 1942, parlava, infatti, per il dispensante, di «donante» e «testatore».

(25) Cfr. BURDESE, *op. cit.*, p. 309; IEVA, *op. cit.*, p. 155; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 24, p. 500; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1019; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2^a ed., Milano, 2002, 2, p. 729. Nel senso per cui non sarebbe stato più possibile prevedere la dispensa per atto *inter vivos*, v. POCATERRA, *La dispensa dalla collazione con atto successivo alla donazione* (rel. al conv. di studi *I trasferimenti patrimoniali nell'ambito della famiglia - Aspetti civili e tributari*), in *Nuovi quad. di Vita not.*, 1988, n. 8, p. 143 ss., p. 146.

(26) Cfr. BURDESE, *op. cit.*, p. 309.

(27) Cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (2^a ed.), cit., p. 729. Burdese e Capozzi hanno aggiunto che questa pacifica interpretazione sia da ricondursi tanto ai «precedenti legislativi», quanto alla «assenza di ragioni sostanziali in senso contrario» (v. BURDESE, *op. cit.*, p. 309; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (2^a ed.), cit., p. 729). Assenza di ragioni confermata da chi ha scritto che «nei lavori preparatori che hanno apportato all'approvazione del testo di cui all'art. 201 della citata legge n. 151/1975, non compare alcun riferimento ad una volontà di limitare le modalità di manifestazione dell'autonomia del donante nel porre in essere il negozio di dispensa, avendo la riforma del 1975 come obiettivo fondamentale quello di includere anche il coniuge tra i soggetti del rapporto collatizio. Pertanto l'espressione «defunto» è da intendersi come sinonima di «ereditando», ed anzi, la sua neutralità e

za ⁽²⁸⁾ sono concordi nel riconoscere che, senza alcun dubbio, la dispensa possa essere accordata in sede di donazione ⁽²⁹⁾.

Non soltanto, però, perché, in ossequio a ciò che si riteneva plausibile in passato, sia quando era in vigore il Codice civile del 1865 ⁽³⁰⁾, sia prima del sopra citato intervento normativo ⁽³¹⁾, anche ai nostri giorni pressoché tutti gli autori convengono che la dispensa possa essere altresì contenuta in un atto *inter vivos* ulteriore rispetto alla donazione da dispensarsi ⁽³²⁾; il quale configura perfino, per i più, *expressis verbis*, un «autonomo negozio successivo alla donazione» ⁽³³⁾. Autonomo negozio che, infine, se è vero

maggiore ampiezza rispetto ad un eventuale riferimento al “*donante*” o al “*testatore*”, denota semmai la volontà del legislatore di designare con tale termine la “persona”, il “soggetto di diritto” che ha posto in essere la donazione, il quale, avvalendosi della propria autonomia privata, potrà effettuare la dispensa sia nella donazione o in un successivo atto tra vivi, sia mediante testamento» (v. FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 24, p. 500).

⁽²⁸⁾ Per la seconda basti anche quanto affermato nelle ultime 2 delle 3 sentenze di nt. 5.

⁽²⁹⁾ Cfr. BURDESE, *op. cit.*, p. 309; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472; VISALLI, *op. cit.*, p. 114; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 764; ANDRINI, *op. cit.*, p. 139; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 24, p. 500; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1019; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1391. A quadratura del cerchio, Burdese ha anche rilevato che il fatto che la dispensa possa essere «contenuta nel testamento come pure in un atto *inter vivos*, quale la stessa donazione che si intende dispensare da collazione, o atto ad essa successivo (...) era espressamente detto nell'ultimo comma dell'art. 919 cod. Napoleone, scomparso, ma solo perché giudicato superfluo, nelle successive legislazioni italiane: così il cod. civ. del 1865, sull'esempio di quello albertino, si limitava a parlare in proposito di disposizione effettuata dal donante, al quale il cod. civ. del 1942 aggiungeva in alternativa la menzione del testatore, quasi a dissipare il dubbio che non potesse aversi dispensa testamentaria, mentre da ultimo, senza alcun plausibile intento innovativo bensì per puro scopo di semplificare la dizione della norma, il legislatore della recente riforma del diritto di famiglia ha preferito parlare di dispensa da parte del defunto».

⁽³⁰⁾ Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato*, cit., § 36, p. 66; MELUCCI, *op. cit.*, p. 64; PIOLA, *op. cit.*, p. 524, n. 17; COVIELLO, *Delle successioni*, cit., p. 446; VENZI, *op. cit.*, p. 769; CASULLI, *La dispensa*, cit., § 2, p. 34; Cass. Napoli, 16 novembre 1886, cit.; Cass. Firenze, 12 dicembre 1895, cit.; Cass., 27 aprile 1938, n. 1433, cit.; Id., 10 febbraio 1947, n. 154, cit.

⁽³¹⁾ Cfr. BARASSI, *op. cit.*, p. 188; CICU, *op. cit.*, p. 158-159; AZZARITI e MARTINEZ, *Successioni*, cit., p. 603; CASULLI, voce *Collazione delle donazioni*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 453 ss., § 4, p. 462; FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 4, p. 253; GAZZARA, *op. cit.*, p. 338; TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 775; GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 109; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 710.

⁽³²⁾ Cfr. BURDESE, *op. cit.*, p. 309; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472; VISALLI, *op. cit.*, p. 114; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 764; ANDRINI, *op. cit.*, p. 141; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 26, p. 506; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1019; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1392.

⁽³³⁾ Cfr. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472. Conformi sono, testualmente, FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 26, p. 506; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1019; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1391. Mentre tacciono, tra gli autori “moderni” di nota 32, Burdese e Azzariti. Nondimeno, se si fonda, in sostanza, l'autonomia della dispensa rispetto alla donazione, a prescindere dalla semplice (e pressoché uniformemente riconosciuta)

che la legge si è sempre riferita alla sola dichiarazione del dispensante, ignorando *in toto* una qualsiasi, eventuale, accettazione da parte del destinatario della dispensa⁽³⁴⁾, può addirittura consistere in un negozio unilaterale *inter vivos*⁽³⁵⁾.

possibile posteriorità della seconda rispetto alla prima, anche soltanto sulla sua diversa natura giuridica di atto *mortis causa*, conforme non può non essere Burdese (v. BURDESE, *op. cit.*, p. 309); laddove, per Azzariti, se è vero che costui non riconosce alla dispensa la natura di atto *mortis causa*, è altrettanto vero che anch'egli ne parla come di «una nuova liberalità» (v. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 764; AZZARITI e MARTINEZ, *Successioni*, cit., p. 604, nt. 17). Così, perfino qui l'autonomia della dispensa non dovrebbe essere esclusa, pur se, per l'occasione, nel quadro delineato da nota 35. Di nuovo, sempre sull'autonomia dispensa-donazione, si vedano, in passato, *apertis verbis*, CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 710, e in via implicita (come per Burdese), LOSANA, *Le disposizioni comuni* (2^a ed.), cit., § 521, p. 420; GAZZARA, *op. cit.*, p. 338. Infine, pur tenendo presente che il richiamo è alla dispensa dalla imputazione *ex se* (che i giudici hanno più volte distinto dalla dispensa dalla collazione, per la diversa funzione – v. su tutte Cass., 18 ottobre 1956, n. 3724, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 910 – ma che hanno anche riconosciuto poter coesistere con essa – v. su tutte Cass., 12 marzo 1966, n. 711, in *Mass. Giur. it.*, 1966, cc. 310-311), cfr. anche Cass., 29 ottobre 2015, n. 22097, in *Mass. Giust. civ.*, 2015: «La dispensa del donatario dall'imputare la donazione alla propria quota di legittima costituisce un negozio autonomo rispetto alla donazione medesima, sicché essa può essere effettuata anche nel successivo testamento del donante».

⁽³⁴⁾ Cfr. Cass., 18 ottobre 1956, n. 3724, cit., p. 913 («Attesa questa funzione della dispensa dalla collazione, la legge non esige che la dispensa stessa risulti da una manifestazione espressa di volontà: il primo comma dell'art. 737 si limita, infatti, a richiedere che il donante non abbia altrimenti disposto»); CASULLI, *La dispensa*, cit., § 2, p. 33 («La dispensa adunque promana esclusivamente dalla volontà del donante e non richiede accettazione alcuna da parte del donatario»); CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (2^a ed.), cit., p. 730 (v. qui *infra* il passaggio di nota 106).

⁽³⁵⁾ Cfr. BURDESE, *op. cit.*, p. 311-312; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 473, nt. 4 (dove si rimanda a Burdese); VISALLI, *op. cit.*, p. 116; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 26, p. 506; § 37, p. 526; § 38, p. 527 (dove si riprende FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 4, p. 253; § 17, p. 276-277; § 18, p. 278); PALAZZO, *op. cit.*, p. 1019; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (2^a ed.), cit., p. 730 (dove l'autore ha assunto una posizione perentoria, divenuta solo poi in parte più dubitativa – v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1392). In passato, sempre a sostegno della dispensa quale potenziale negozio unilaterale *inter vivos*, cfr. CASULLI, *La dispensa*, cit., § 2, p. 32 ss.; CASSISA, *A proposito di*, cit., p. 114; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 710. Invece, esplicitamente *contra*, MIGNOLI, *op. cit.*, § 5, p. 85 («Non ci sembra quindi possibile ammettere una dispensa successiva alla donazione per atto “*inter vivos*”»); e in via implicita, da una parte, MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 612 e 614 (dove si parla dell'attuazione della dispensa per il solo tramite della donazione o del testamento) e, dall'altra (per l'occasione perché, per questi autori, sarebbe richiesta, per il negozio *de quo*, la forma della donazione), PACIFICI-MAZZONI, *Trattato*, cit., § 36, p. 66; MELUCCI, *op. cit.*, § 39, p. 69; PIOLA, *op. cit.*, p. 524, n. 17; COVIELLO, *Delle successioni*, cit., p. 446; VENZI, *op. cit.*, p. 769; CICU, *op. cit.*, p. 158-159; AZZARITI e MARTINEZ, *Successioni*, cit., p. 604; GAZZARA, *op. cit.*, p. 338. Il tutto, mentre in un caso la dispensa è stata perfino definita come un «negozio giuridico unilaterale a carattere strumentale che accede al negozio principale (sia esso testamento o donazione)» (v. ANDRINI, *op. cit.*, p. 140).

2.3. – Compiuta la ricognizione delle opinioni espresse fin qui sulla natura giuridica della dispensa e le sue possibili modalità di attuazione, tornando alla *quaestio* della relativa rinuncia, da parte del donatario, si consideri quanto segue.

Innanzitutto, nel passaggio dagli studi condotti alla fine del XIX secolo a quelli svolti attorno alla metà del XX (entrambi elaborati in una realtà in cui l'interpretazione delle norme, pur se redatte in modo diverso ⁽³⁶⁾, aveva portato tutta la dottrina e la giurisprudenza a ritenere che essa potesse nascere per donazione e testamento), si è giunti alla fine ad attribuire alla dispensa la natura di atto *mortis causa*, originariamente non riconosciuta.

Cosicché, se la dispensa può oggi identificarsi in un atto negoziale *mortis causa*, altresì fonte di una liberalità per suo conto, anche quando assume struttura *inter vivos* ⁽³⁷⁾ (a prescindere che consista, nella circostanza, in un negozio giuridico bilaterale piuttosto che unilaterale ⁽³⁸⁾), allora, pur a fronte di quell'orientamento giurisprudenziale di legittimità per cui essa, se contenuta in una donazione ⁽³⁹⁾, dovrebbe sempre consistere in una clausola accessoria a quest'ultima, appare ben più ragionevole e preferibile un'altra tesi; che, invece, considera la dispensa un «negozio autonomo, ancorché collegato con il negozio di donazione: innanzitutto perché essa, come si è detto, può essere contenuta anche in un testamento, ossia in un atto separato dalla donazione; in secondo luogo, per la sua specifica funzione *mortis causa*, palesemente distinta dalla funzione della donazione, negozio, invece, tipicamente *inter vivos*» ⁽⁴⁰⁾. Senza contare che, nei fatti, potrebbe accadere che un donante decida dapprima di compiere una donazione, senza dispensa, e poi di concluderne un'altra, a beneficio dello stesso donatario, nel cui atto opti per inserire altresì la dispensa dalla collazione della prima donazione, che in precedenza non aveva inteso accordare. In questo caso, salvo voler forzosamente vedere le due donazioni strumentali l'una all'altra, a priori ⁽⁴¹⁾, è indubbio che ci si

⁽³⁶⁾ V. in particolare gli artt. 1101 e 1014 c.c. 1865 e l'art. 737 c.c. 1942.

⁽³⁷⁾ Perché, pur «ponendo l'accento sul carattere sostanzialmente liberale della dispensa, non si deve in pari tempo trascurarne un altro carattere di gran lunga più tipico: la sua natura di negozio essenzialmente *mortis causa*» (v. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., p. 248).

⁽³⁸⁾ Questione che verrà qui affrontata nel paragrafo 3.1.

⁽³⁹⁾ Ma non solo, almeno per Cass. n. 1845/1961 (come si comprende leggendo nt. 68).

⁽⁴⁰⁾ Cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4^a ed., cit., p. 1391.

⁽⁴¹⁾ *Rectius*, salvo voler ritenere la dispensa dalla collazione della prima donazione, contenuta nella seconda, come astrattamente strumentale a prescindere, rispetto alla prima donazione (nell'ottica di quella strumentalità di cui parla, oltre alla sentenza della Corte di Cassazione di cui *infra*, ANDRINI, *op. cit.*, p. 140, pur se ragionando su basi giuridiche diverse).

troverebbe in presenza di una dispensa che, pur connessa alla (prima) donazione, sarebbe autonoma da essa, anche soltanto perché contenuta in un distinto atto di liberalità.

Ancora, detto in altri termini, se è vero che la dispensa «è destinata a produrre i suoi effetti soltanto dopo la morte del *de cuius*, incidendo solo allora nel rispettivo assetto successoriale-patrimoniale dei coeredi discendenti» ⁽⁴²⁾, sì che l'evento morte del donante «non è dunque soltanto l'occasione di tali effetti, ma configura il presupposto esclusivo e determinante della disposizione stessa di dispensa» ⁽⁴³⁾, la quale «non può operare se non allorché si attua la successione del donante in favore dei suoi coeredi discendenti e coniuge, anche se si considera la dispensa come una liberalità supplementare rispetto alla donazione principale cui si riferisce» ⁽⁴⁴⁾, ebbene non si capisce perché essa non possa e non debba qualificarsi sempre come un negozio a sé stante; perfino quando è inserita nell'atto donativo. Questo anche tralasciando che si ritiene valida, oltre alla dispensa espressa, la dispensa tacita ⁽⁴⁵⁾. Tuttavia, se così è, e se è vero che le dichiarazioni tacite o per *facta concludentia* consistono, al pari di quelle

⁽⁴²⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 4, p. 247 (conforme CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4^a ed., cit., p. 1390).

⁽⁴³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. VISALLI, *op. cit.*, p. 114. Conformi FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 4, p. 247; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4^a ed., cit., p. 1390.

⁽⁴⁵⁾ V. *ex plurimis* Cass., 18 ottobre 1956, n. 3724, cit.; Id., 8 novembre 1983, n. 6591, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 2273-2274; Id., 27 gennaio 1995, n. 989, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 269; Id., 18 marzo 2000, n. 3235, in *Riv. not.*, 2001, II, p. 163; Id., 10 febbraio 2006, n. 3013, in *Riv. not.*, 2007, II, p. 194. Va precisato, pur se per le vie brevi, che in passato la *quaestio* dell'ammissibilità della dispensa tacita aveva dato vita a un forte dibattito, soprattutto quando era in vigore il Codice civile del 1865 (ivi in relazione al testo degli artt. 1001 c.c. e 1002 c.c. 1865) e durante i primi anni del Codice civile corrente, in rapporto ad una teoria che professava un dovuto distinguo tra dispensa espressa, tacita e virtuale (v. DEGNI, *La collazione nei rapporti tra discendenti coeredi donatari istituiti nella sola porzione legittima e discendenti coeredi istituiti nella porzione disponibile*, in *Giur. it.*, 1938, I, c. 947). Così, la dottrina maggioritaria era a favore della dispensa tacita (v. su tutti COVIELLO, *Delle successioni*, cit., p. 446; CASULLI, *La dispensa*, cit., § 2, p. 32, con nt. 4 di richiami; DE MARTINO, *Sulla forma della dispensa dalla collazione*, in *Giur. comp. dir. civ.*, 1942, p. 67; AZZARITI e MARTINEZ, *Successioni*, cit., p. 604), mentre alcuni autori erano contrari (v. MIGNOLI, *op. cit.*, § 3, p. 83; CICU, *op. cit.*, p. 158). Peraltro, Cass. n. 3724/1956 ha superato il distinguo tra dispensa tacita e dispensa virtuale e da lì in poi il problema è diventato essenzialmente quello di individuare i mezzi per provare l'esistenza della prima (con riguardo ai quali, vedasi anche, per la dispensa attuata per mandato a donare ed interposizione di persona, CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 143-145). Infine, tra gli autori che ammettono oggi la dispensa tacita v. *ex multis* BURDESE, *op. cit.*, p. 312 ss.; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 473; VISALLI, *op. cit.*, p. 117-118; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 764; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 40, p. 532; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1019; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1393.

espresse, in «manifestazioni di volontà con le quali i singoli, nell'esercizio dell'autonomia privata, intendono costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici e così regolare i propri interessi con gli altri» ⁽⁴⁶⁾, da ciò non si può che ricavare un ulteriore elemento in forza del quale appare più che ragionevole inferire che la dispensa, pur restando sempre legata alla donazione cui si riferisce, consista in un atto autonomo.

Ora, a fronte di quanto sopra, la Corte di Cassazione, nella prima (e pressoché unica) sentenza in cui ha affrontato *ex professo*, e motivato, la questione della rinuncia unilaterale alla dispensa dalla collazione da parte del donatario ⁽⁴⁷⁾, ha ragionato nei termini qui di seguito esposti.

Innanzitutto, la Suprema Corte ha preso atto dell'esistenza, a quel tempo, di tre teorie dottrinali sulla natura della dispensa, cioè:

a) quella con cui si era segnalato come «la dispensa non costituisca dal punto di vista sostanziale un negozio distinto dalla donazione, ma debba configurarsi come una modalità della stessa o al massimo come un elemento accessorio e incidentale» ⁽⁴⁸⁾;

b) quella ai sensi della quale essa avrebbe dovuto concretizzare «pur sempre un atto di liberalità, ma distinto dall'originaria donazione principale, liberalità che, sia pur contenuta nello stesso atto, si aggiunge in modo autonomo alla donazione principale, sicché si sarebbe in presenza di due donazioni distinte, sia pur collegate» ⁽⁴⁹⁾;

⁽⁴⁶⁾ Cfr. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XXVI ed., Milano, 2016, p. 52.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 116 («la questione di principio della rinunciabilità o meno, unilateralmente da parte del donatario, alla dispensa della collazione, non è stata in realtà *ex professo* esaminata e risolta, né dalla giurisprudenza, né dalla dottrina»). Per le altre 2 sentenze che hanno confermato Cass. n. 1845/1961: i) Cass., 7 maggio 1984, n. 2752, cit., è inedita; ii) Cass., 1° ottobre 2003, n. 14590, cit., ha ribadito i *principia* espressi, di fatto, in Cass. n. 1845/1961 e, in apparenza, in Cass. n. 2752/1984.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 117. Questa era, in sostanza, la tesi avanzata da MIGNOLI, *op. cit.*, § 5, p. 84, che però aveva parlato nei termini di cui al testo solo per la dispensa prevista nell'atto di donazione, anche perché costui riteneva che la dispensa potesse attuarsi soltanto per donazione o testamento (cfr. nota 35). A dirla tutta, anche Losana (*Le disposizioni comuni* (2ª ed.), cit., § 521, p. 420) aveva sostenuto che la dispensa potesse essere inserita «quale clausola accessoria, nell'atto stesso di donazione»; ma, in contrasto con quanto asserito da Mignoli e dalla S.C., essa avrebbe dovuto «tuttavia conserva[re] il carattere di mero proposito unilaterale per parte del donante e rimane[re] affatto estranea alla donazione considerata quale atto contrattuale».

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 117. Questa era, in sostanza, la tesi di PACIFICI-MAZZONI, *Trattato*, cit., § 36, p. 66; MELUCCI, *op. cit.*, § 39, p. 69; VENZI, *op. cit.*, p. 769 e «Note aggiunte» a PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, cit., p. 321; COVIELLO, *Delle successioni*, cit., p. 446; AZZARITI e MARTINEZ, *Successioni*, cit., p. 604. Tesi approvata da Cass. Napoli, 16 novembre 1886, cit.; Cass. Firenze, 12 dicembre 1895, cit.; Cass., 27 aprile 1938, n. 1433, cit.; Id., 10 febbraio 1947, n. 154, cit.

c) quella per cui, «infine, la dispensa costituirebbe un negozio completamente diverso e distinto dalla donazione, non permeato nemmeno da *animus donandi*, negozio avente efficacia dopo la morte del disponente, quindi negozio *mortis causa*, disposto con atto tra vivi e perciò in deroga (anzi sarebbe l'unica deroga) al divieto dei patti successori»⁽⁵⁰⁾.

Dopodiché, la Corte di Cassazione ha dichiarato di aderire al primo orientamento⁽⁵¹⁾, ed ha supportato la propria decisione con:

- da un lato, l'osservazione che, nella circostanza, «[i]n realtà il disponente che dona un bene con dispensa dalla collazione, non vuole due cose distinte, non vuole fare a favore del donatario due distinte liberalità, ma vuole solamente attribuirgli il bene in guisa che rimanga intoccabile e indenne presso di lui, fino agli invalicabili limiti di legge, vuole in altri termini che gli effetti normali della donazione (irrevocabilità ed intangibilità della disposizione patrimoniale) si producano nei confronti di tutti i terzi, anche dei coeredi discendenti»⁽⁵²⁾. Operando così una ricostruzione della volontà delle parti (*rectius*, del donante/dispensante) ipotetica o astratta⁽⁵³⁾, non corroborata dal riconoscimento dell'esistenza di elementi

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 117. Questa era, invece, in sostanza, la tesi, al tempo più recente, di FORCHIELLI, *La collazione*, cit., p. 247 ss., che aveva dedicato al tema un elaborato non indifferente, destinato a divenire determinante per la qualifica *pro futuro* della dispensa quale atto *mortis causa*, nei modi qui descritti nel paragrafo 2.2.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 117. Peraltro, in conformità solo parziale con il pensiero dell'autore di cui alla nota 48, perché la S.C. ha statuito che la dispensa potrebbe essere attuata anche per atto *inter vivos* successivo alla donazione (v. *infra* nota 53); anche se, al contempo, appare aver implicitamente rifiutato che essa possa essere posta in essere per atto *inter vivos* unilaterale (ma sul punto si tenga anche presente il dubbio che nasce dalla lettura dei passaggi della sentenza qui riportati nella già citata nota 53 e nella nota 68).

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 118: «Il che dimostra l'unicità del negozio di donazione con dispensa: questa ultima non costituisce una ulteriore liberalità per cui sia necessaria una apposita manifestazione di volontà distinta da quella principale di donare (che sarebbe imprescindibile qualora si aderisse alla tesi della doppia donazione), ma una liberalità unica, donazione definitiva ed inaducabile di determinati beni».

⁽⁵³⁾ Come conferma l'ulteriore passaggio in cui la S.C. ha statuito di escludere la «doppia distinta donazione» perché «non ha ragione di esistere dal punto di vista pratico» (v. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 118). Questo quando, per contro, essa ha ammesso che «la dispensa possa avvenire successivamente alla donazione»; e ciò perché «se è consentito che perfino l'accettazione della donazione avvenga con atto separato (art. 782), non può non essere consentito che una modalità della donazione, un suo rafforzamento, possa essere stabilito con atto successivo ed anche con il testamento». Atto successivo che, però, secondo la tesi di Mignoli (per cui la dispensa potrebbe essere fatta solo per donazione o testamento), non potrebbe che consistere, in pratica, perfino nella prospettiva della S.C., che in un'altra, distinta, donazione. A prescindere che tale atto concretizzi, stante quanto asserito dai giudici di legittimità, insieme alla donazione oggetto di dispensa, una «fattispecie complessa».

di fatto, accertati dai giudici di merito ⁽⁵⁴⁾, idonei ad accordarle tale valore, in forza, quantomeno, di presunzioni gravi, precise e concordanti;

- dall'altro, passaggi argomentativi *ad adiuvandum* discutibili, come quello che «[l]a donazione con dispensa è quindi una donazione tipica unica, come unica è la donazione modale e la donazione remuneratoria: il rafforzamento ed il potenziamento della liberalità anche nei confronti dei coeredi discendenti è una modalità, un accessorio della donazione normale ed ordinaria ed è elemento essenziale dell'unico tipico negozio, ammesso espressamente dall'ordinamento giuridico, della donazione con dispensa» ⁽⁵⁵⁾. Come a dire, delle due l'una: *i*) ragionando secondo il significato letterale delle parole ⁽⁵⁶⁾, che la donazione con dispensa sarebbe, come la donazione remuneratoria (*ex art. 770 c.c.*) e la donazione modale (*ex art. 793 c.c.*) un negozio tipico; là dove, invece, in ossequio a quanto è noto, si può al più soltanto dire che, da un lato, la donazione sia, per suo conto, un negozio tipico (*ex artt. 769 c.c. ss.*), e che, dall'altro, la dispensa sia, da par suo, unitamente alla collazione, un istituto tipico (ai sensi dell'art. 737 c.c.); *ii*) ragionando in senso più lato, che un qualcosa che è di regola accessorio (la dispensa) rispetto ad un contenuto (la donazione) diventa essenziale per quel contenuto quando, e perché, accede ad esso.

Ora, in realtà, il vero problema del discorso fin qui delineato, sulla natura della dispensa, sta nel fatto che:

- da una parte, nell'ottica del premesso, citato e dovuto distinguo, più che tra atti *inter vivos* e atti *mortis causa*, tra atti *inter vivos* e atti di ultima volontà ⁽⁵⁷⁾, come aveva già allora osservato autorevole dottrina, se gli studiosi della collazione hanno sempre compreso «più o meno esplicitamente e più o meno chiaramente» ⁽⁵⁸⁾ la «struttura bifronte della dispensa» ⁽⁵⁹⁾, essi non si sono avveduti che «proprio la dispensa non testamentaria (da tutti, seppure con diversa ampiezza, riconosciuta) costituiva un tipico e, forse, il più rilevante esempio offerto dal nostro diritto positivo di negozio *mortis causa* a struttura *inter vivos*» ⁽⁶⁰⁾; e

⁽⁵⁴⁾ I quali, per inciso, avevano optato per l'ultima delle tre teorie dottrinali richiamate nel testo (v. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 118).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 118.

⁽⁵⁶⁾ Seguendo cioè la logica tradizionale per cui il «negozio tipico» è un «negozio espressamente disciplinato dalla legge» (cfr. TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., § 110, p. 154-155).

⁽⁵⁷⁾ Cfr. nota 20.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 4, p. 251.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*.

- dall'altra parte, com'è stato anche per l'occasione già evidenziato, in contrasto con quanto asserito dalla Suprema Corte ⁽⁶¹⁾, la dispensa «vale ad attribuire al donatario il potere di far gravare il valore del bene donato sulla disponibile del donante – come anteparte (quasi un prelegato) ⁽⁶²⁾ – al fine di dar modo al beneficiario della liberalità di avvantaggiarsi rispetto ai coeredi, per la possibilità consentitagli di conseguire un di più fra *donatum e relictum*, dal patrimonio del *de cuius*. (...) Questa è la funzione e la struttura della dispensa nel sistema italiano e non quella di attribuire al donatario “la facoltà di trattenere – in deroga alle disposizioni di legge sulla collazione – i beni donati e di non conferirli alla massa”» ⁽⁶³⁾. Tant'è che «[l]a legge italiana non prevede neppure il *presupposto logico* di una dispensa di tal significato e portata, che dovrebbe consistere nell'*obbligo* per il coerede non dispensato di *conferire materialmente* il bene donato alla massa» ⁽⁶⁴⁾; mentre «è incontrovertibile che per la collazione non è in nessuna ipotesi prevista una tale necessità, essendo anzi imposta in varie ipotesi la necessità della *imputazione* (c.c., art. 746, comma II, 750) ed essendo semplicemente *facultata* al donatario in altre ipotesi (cfr. cod., art. 746, comma I) *la collazione in natura*» ⁽⁶⁵⁾.

Dunque, in sintesi, potrà anche accadere – come ha affermato Cass. n. 1845 del 1961 – che il donante/dispensante, quando effettui la donazione, intenda rafforzare la sua volontà donativa nei confronti del donatario dispensato, per «attribuirgli il bene in guisa che rimanga intoccabile e indenne presso di lui, fino agli invalicabili limiti di legge» ⁽⁶⁶⁾. Nondimeno, resta il fatto che, quando procede per la dispensa, il donante/dispensante non agisce *stricto sensu* nel ruolo di donante (*rectius*, di dante causa, *inter vivos*,

⁽⁶¹⁾ Là dove ha affermato che «può il disponente volere che il donatario trattenga il bene donatogli senza conferirlo materialmente pur dovendolo imputare sulla propria quota legittima o disponibile e questo scopo ottiene con la dispensa dalla collazione» (cfr. Cass. 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 114).

⁽⁶²⁾ Perfettamente conforme LOSANA, *Le disposizioni comuni*, 2^a ed., cit., § 521, p. 421.

⁽⁶³⁾ Cfr. CASSISA, *A proposito di*, cit., p. 112. Puntualmente adesiva, Cass., 6 marzo 1980, n. 1521, cit., p. 657-658: «Quando la donazione abbia avuto ad oggetto un immobile, il coerede donatario non ha bisogno di alcuna dispensa dalla collazione per ritenere il bene donato, imputandone il valore alla propria porzione, giacché proprio la legge (art. 746 c.c.) riserva a lui la scelta tra il conferimento in natura e quello per imputazione». Sempre Cassisa aveva altrove scritto come la dispensa dalla collazione sia «dimostrativa della intenzione del donante di far pervenire al beneficiario altre attività del suo patrimonio per un valore corrispondente almeno alla quota di legittima e quindi di attribuire al medesimo sulla disponibile i beni dei quali il donante stesso attualmente e irrevocabilmente si spoglia» (v. CASSISA, *In tema di dispensa*, cit., p. 913).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. CASSISA, *A proposito di*, cit., p. 112.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 118.

a titolo di liberalità, dei beni donati), bensì in quello di *de cuius* a venire, e contempla il donatario nello *status* di suo possibile, futuro, (co)erede; che però il donatario tale non diventa, finché non si verifica la morte del donante e dichiara di accettarne l'eredità ⁽⁶⁷⁾. Cosicché, all'atto di "rafforzamento" di cui sopra (che realizza sempre, per inciso, una liberalità *mortis causa* supplementare rispetto a quella donativa) deve riconoscersi un valore giuridico, se non irrilevante, quantomeno di scarso rilievo e, in ogni caso, non determinante (in ossequio anche a quanto *infra* esposto).

2.4. – Riassumendo, la Corte Suprema, con la sent. n. 1845/1961, ha negato l'esistenza di qualsiasi autonomia tra il contratto di donazione e l'atto di dispensa dalla collazione ed ha concluso, viceversa, per la sussistenza di un rapporto di accessorietà/strumentalità (in vista di un ipotetico rafforzamento degli intenti liberali del donante) tra il secondo negozio giuridico ed il primo, siano essi contenuti in uno stesso atto o meno ⁽⁶⁸⁾; e poi – come detto in apertura – ha statuito l'irrinunciabilità unilaterale alla dispensa, da parte del donatario ⁽⁶⁹⁾ (muovendo dalla dispensa quale frammento del negozio tipico «donazione con dispensa» ⁽⁷⁰⁾), sia durante la vita del donante, sia dopo la sua morte.

Ferma l'irrinunciabilità unilaterale, peraltro, poi, i giudici di legittimità hanno dichiarato che, dopo la morte del donante/*de cuius*, il donatario dispensato, divenuto erede, potrebbe, qualora fosse d'accordo con gli «altri coeredi», disporre della (e liberarsi dalla) dispensa per mutuo consenso ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁷⁾ Perché costui, ricevuta la donazione, potrebbe rinunciare all'eredità, per vari motivi.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 118: «Né la possibilità che la dispensa possa avvenire successivamente alla donazione contrasta con l'affermata unicità dell'atto: (...) nel momento in cui la dispensa è successivamente posta, si completa la fattispecie complessa, ma unica, della donazione con dispensa».

⁽⁶⁹⁾ *Idem*, p. 119: «Posto quanto sopra è evidente la soluzione del quesito sulla rinunciabilità o meno unilateralmente della dispensa da parte del donatario, soluzione in senso negativo».

⁽⁷⁰⁾ Infatti, per la S.C., «[c]ome la donazione pura e semplice, al pari e più degli altri contratti, dato il contenuto di gratuita attribuzione patrimoniale, può essere fatta venir meno solo attraverso il mutuo dissenso, così la donazione con dispensa può essere, ed a maggior ragione, data la maggior forza dell'attribuzione patrimoniale, revocata, quando è fatta per atto tra vivi (se la dispensa avviene per testamento si seguiranno le norme sulla rinunciabilità delle disposizioni testamentarie), solo per mutuo dissenso» (v. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 119). «Si intende – si è aggiunto, con un'affermazione *ad adiuvandum* che non può che avere valore tautologico – oltre i casi di revoca delle donazioni previste dalla legge, che anzi l'applicabilità indubbia alla donazione con dispensa delle cause legali di revocabilità conferma la indisponibile accessorietà della dispensa alla attribuzione principale».

⁽⁷¹⁾ Cfr. Cass., 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 119. Quanto di cui al testo si deduce leggendo sia il primo passaggio di nota 70, sia «*a contrariis*» il seguente passaggio della

Tuttavia, così ragionando, la Corte di Cassazione sembra, purtroppo, aver anche commesso, per l'occasione, un palese errore di prospettiva.

Infatti, dato per presupposto – nell'ottica di Cass. n. 1845/1961 – che la dispensa non testamentaria sia disponibile soltanto consensualmente tra le parti della donazione, queste ultime sono e restano, fino alla morte del donante, da un lato, il donante (futuro *de cuius*) e, dall'altro, il donatario (al tempo dell'atto, suo legittimario o successibile o beneficiario della donazione e, *pro futuro*, compiuta un'eventuale accettazione dell'eredità, suo erede). Fattore che, però, non comporta affatto che le parti dell'accordo diventino, dopo la morte del donante, da un lato, il donatario, nel frattempo divenuto suo erede e, dall'altro, gli altri eredi del *de cuius* ⁽⁷²⁾. Difatti, un soggetto, legittimario, successibile o destinatario di disposizioni *mortis causa* di un altro soggetto, dopo la morte di quest'ultimo, ne assume la qualifica di erede e subentra, *ex lege*, nel ruolo di successore universale *mortis causa* del *de cuius*, perché: *i*) ne accetta l'eredità, *ex art.* 459 c.c.; e *ii*) diviene tale in virtù di una disposizione testamentaria, *ex art.* 588 c.c., oppure, trattandosi di successione *ab intestato*, ai sensi e per gli effetti degli artt. 565-585 c.c. In forza di ciò, costui succede, per l'appunto, di principio, in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi del *de cuius* ⁽⁷³⁾. Epperò, la ragione per la quale l'erede subentra nei rapporti giuridici di cui era parte il *de cuius*, è perché la legge, nella circostanza, deve compiere una valutazione di merito e presumere che, tramite l'esercizio di un atto qual è quello di accettazione dell'eredità, l'erede stesso acconsenta a che i suoi interessi *latu sensu* intesi coincidano (nella loro universalità) con quelli che, quando era in vita, erano riconducibili al *de cuius*. Così, se quanto sopra fosse vero anche nel caso di un (presunto) accordo sulla dispensa dalla collazione, esso potrebbe essere vero, assumendo quale parametro di riferimento ciascuno dei coeredi individualmente considerati, solo con riguardo a costoro nell'esclusiva qualità di aventi causa a titolo universale per successione *mortis causa*, ovvero sia nell'ambito del loro rapporto con il proprio dante causa/*de cuius*, ma non nell'ambito del loro rapporto con ciascuno degli altri aventi causa a titolo universale per successione dallo stesso *de cuius* ⁽⁷⁴⁾.

sentenza: «Perciò, mentre, certamente, il coerede donatario con dispensa, convenuto dagli altri coeredi perché conferisca i beni donati, può non avvalersi della dispensa ed aderire alla domanda, in quanto qui si ha un vero e proprio accordo tra le parti, per l'opposto il donatario non può unilateralmente rinunciare alla dispensa».

⁽⁷²⁾ Come appare invece chiaro, almeno di primo acchito, dalla lettura del passaggio della sentenza riportato nella nota precedente.

⁽⁷³⁾ Cfr. *ex multis*, Cass., 13 febbraio 1988, n. 1552, in *Vita not.*, 1988, p. 256 ss.

⁽⁷⁴⁾ *Idem*, p. 257: «Nel nostro sistema successorio l'erede subentra in tutte le situazioni giuridiche trasmissibili, che fanno capo al *de cuius* sia dal lato attivo che passivo; di conse-

Ancora, per richiamare una fattispecie collegata alla collazione, se si afferma regolarmente che sia parte, e non terzo, rispetto ad una donazione compiuta in vita dal donante a favore di un donatario poi divenuto erede (sia essa dissimulata dietro un'apparente compravendita o meno), il coerede che agisce *ex artt. 737 c.c. ss.*, "rinunciando" ad agire in riduzione ⁽⁷⁵⁾, ciò avviene perché si presuppone che l'identità (e gli interessi) di tale coerede coincidano con quelli del *de cuius*/donante, e non dell'altro coerede/donatario ⁽⁷⁶⁾. Mentre, per quanto concerne il rapporto tra i due (o più) coeredi di quel *de cuius*, esso è irrilevante, *ex lege*, ai fini di specie (essendo la loro posizione reciproca, al più, nei fatti, contrapposta).

Sicché, tornando al ragionamento svolto da Cass. n. 1845/1961, sulla rinuncia alla dispensa per mutuo consenso tra il donatario/coerede dispensato e gli «altri coeredi», di nuovo, delle due l'una.

Anche volendo dare per presupposto che l'esito del citato, succinto e sibillino ragionamento della Corte Suprema ⁽⁷⁷⁾ fosse, nel dubbio, quello di sostenere che, *post mortem donantis*, le parti dell'accordo sulla dispensa siano, da un lato, il donatario/coerede dispensato e, dall'altro, tutti i coeredi (nella loro qualità, individuale, di aventi causa a titolo universale dal medesimo *de cuius*), nella voce "tutti i coeredi" rientrerebbe anche il coerede/donatario dispensato. Il quale sarebbe, quindi, parte del contratto, sia nel proprio interesse personale di originario donatario, sia, insieme

guenza all'erede si trasmettono innanzitutto i rapporti patrimoniali e, quindi, rispetto ai contratti stipulati dal *de cuius*, egli viene a trovarsi nell'identica situazione giuridica dello stipulante scomparso».

⁽⁷⁵⁾ Cfr. *ex plurimis* Cass., 21 aprile 1988, n. 4024, in *Giur. it.*, 1998, c. 2249 ss.: «Dall'esercizio dell'azione di simulazione da parte dell'erede per l'accertamento di dedotte dissimulate donazioni non deriva necessariamente che egli è terzo, al fine dei limiti alla prova testimoniale stabiliti dall'art. 1417 c.c., perché, se egli agisce per lo scioglimento della comunione, previa collazione delle donazioni – anche dissimulate – per ricostituire il patrimonio ereditario e ristabilire l'uguaglianza tra coeredi, subentra nella posizione del *de cuius*; è invece terzo se agisce in riduzione, per pretesa lesione di legittima, perché la riserva è un suo diritto personale, riconosciutogli dalla legge, e perciò può provare la simulazione con ogni mezzo»; Cass., 30 luglio 2002, n. 11286, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 77 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. Cass., 30 luglio 2002, n. 11286, cit., p. 79: «Ciò in quanto l'erede legittimo, il quale miri semplicemente a far rientrare nella massa ereditaria un bene che assume solo apparentemente uscito dal patrimonio del *de cuius*, non lamenta lesione alcuna dei diritti successori a lui personalmente riconosciuti dall'ordinamento nella sua qualità anche di legittimario ma fa valere, nella sua sola qualità di successore universale subentrato *mortis causa* in tutti i rapporti già facenti capo al *de cuius*, un diritto ricompreso nel patrimonio di quest'ultimo, onde, venendosi a trovare nella medesima posizione del *de cuius* medesimo, rispetto al rapporto controverso incontra, non diversamente che per tutti gli altri rapporti già facenti capo allo stesso, tutte le limitazioni probatorie alle quali anche quegli sarebbe stato soggetto».

⁽⁷⁷⁾ Segnatamente, quello riportato nel passaggio di cui alla nt. 71.

ai restanti coeredi del *de cuius*, nell'interesse del suo dante causa per successione universale *mortis causa*; e potrebbe, perciò, per assurdo, sciogliere l'accordo per mutuo consenso, *ex art. 1372*, comma 1, c.c., tramite un contratto concluso con sé stesso.

Mentre, se il ragionamento della Corte di Cassazione fosse, più intuitivamente ⁽⁷⁸⁾, quello di asserire: *i*) che vi sia, nella circostanza, sul piano del diritto sostanziale, al pari di quanto avviene sul piano del diritto processuale civile, una posizione giuridica contrapposta avente ad oggetto la dispensa tra, da una parte, il coerede/donatario dispensato e, dall'altra, «gli altri coeredi» (contestanti la volontà del primo di rinunciare alla dispensa dalla collazione); e *ii*) che tale posizione contrapposta e la dispensa potrebbero essere disposte tra queste parti per relativo mutuo consenso; allora, l'errore logico-giuridico di prospettiva di cui si è parlato in apertura di paragrafo sarebbe evidente *in re ipsa*.

Il tutto, in ogni caso, con l'identica conseguenza che si dovrebbe sempre ritenere che un coerede/donatario dispensato possa comunque disporre della dispensa (e liberarsi da essa), dopo la morte del donante, in regime di piena autonomia privata, in contrasto con quanto affermato da Cass. n. 1845/1961.

Ciò posto, poi, c'è un'altra ragione, ancor più sostanziale, per cui non è corretto dire che la dispensa dalla collazione, anche se contenuta in donazione, sia unilateralmente irrinunciabile dal donatario/coerede.

Come si è anticipato, quando si parla della dispensa dalla collazione concessa da un donante, futuro *de cuius*, ad un donatario, futuro erede, si discute dell'attribuzione, dal primo al secondo, del potere di imputare, dopo la sua morte, il *donatum* alla disponibile del donante/*de cuius* ⁽⁷⁹⁾. Un potere di fronte al quale gli altri coeredi, in quanto tali, «si trovano in uno stato di soggezione, nulla potendo essi fare per impedire l'imputazione» ⁽⁸⁰⁾, che si concretizza pertanto in «un tipico diritto potestativo, in quanto l'azione da esso autorizzata al titolare è azione solo sua (e non anche

⁽⁷⁸⁾ Come appare, in verità, anche plausibile, stante quanto letteralmente scritto dai giudici di legittimità nell'ormai più volte citato passaggio di nt. 71.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. CASSISA, *A proposito di*, cit., p. 112. Conforme FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 1, p. 244: «Niun dubbio potrebbe (...) essere affacciato in ordine alla natura e alla portata dell'effetto negativo direttamente ricollegabile alla dispensa. Questa fa sì che, riguardo alla liberalità che ne è oggetto, il rapporto di collazione non sorge, non si costituisce affatto; e perciò ai fini della collazione la liberalità dispensata viene del tutto ignorata (...). In presenza dunque della dispensa, al limitato fine della collazione, la successione si svolge in tutto e per tutto come se la donazione dispensata non si fosse mai verificata ed il bene che ne fu oggetto fosse uscito dal patrimonio del *de cuius* per qualsiasi altra causa non liberale».

⁽⁸⁰⁾ Cfr. CASSISA, *A proposito di*, cit., p. 112.

dell'avversario) e «il risultato di essa è un effetto puramente giuridico che si raggiunge idealmente per l'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico che lo riconosce»⁽⁸¹⁾. Diritto potestativo che, a sua volta, trova la propria caratteristica peculiare, «ovviamente dipendente dalla situazione attiva di signoria del donatario sul bene donato»⁽⁸²⁾, nella sua «accessorietà relativa al diritto stesso, nel senso che esso, come può essere non esercitato, così può essere oggetto di rinuncia autonoma da parte del titolare, tanto vero che la rinuncia alla dispensa non importa affatto rinuncia al bene donato, che resterà pur sempre nel patrimonio del donatario se e finché questi non vorrà volontariamente conferirlo in natura alla massa»⁽⁸³⁾.

Quindi, in breve, una volta ricevuto il diritto alla dispensa dalla collazione, il donatario può, come quando sia attribuito un qualsiasi altro diritto potestativo previsto dal diritto privato (finanche là dove esso sia inteso quale elemento accessorio di un contratto⁽⁸⁴⁾), decidere di esercitarlo, unilateralmente, o meno, a suo gradimento⁽⁸⁵⁾.

Ragion per cui, un donatario dispensato, in virtù di una dichiarazione di dispensa, diventa titolare del potere di ricevere, *mortis causa donantis*, una liberalità autonoma e supplementare rispetto a quella donativa e diviene al contempo destinatario di un diritto potestativo, del quale è più che ragionevole che costui possa sempre disporre, individualmente, perfino per rinunciarvi, a beneficio degli altri (co)eredi del donante, una volta deceduto quest'ultimo e diventato suo erede⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*.

⁽⁸³⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁴⁾ Come accade per la vendita con patto di riscatto, di cui all'art. 1500 c.c. (cfr. CASSISA, *A proposito di*, cit., p. 113-114).

⁽⁸⁵⁾ Cfr. CASSISA, *A proposito di*, cit., p. 113: «Ma (e qui è il punto) il mancato esercizio del potere di avvalersi della dispensa o la rinuncia a tale diritto, anche se da tali atti (l'uno negativo, l'altro positivo) possa conseguire un beneficio reale per i coeredi (peraltro, non sempre ad essa connaturale), sono non solo ammissibili, perché così vuole la legge stessa (come si argomenta anche dalla eziologia del termine dispensa, equivalente – si pensi alle dispense per contrarre matrimonio e simili – a facoltà di esimersi da una prescrizione di legge: nella specie dalla collazione, alla massa ereditaria, del bene donato che sarebbe invece dovuta in via normale), ma unilateralmente attuabili dal donatario».

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*: «Né ha importanza individuare i motivi dell'atto abdicativo del donatario, che possono essere i più vari, come opportunità di evitare sentimenti di invidia dei fratelli per la predilezione dimostrata dal *de cuius* con la disposta dispensa in suo favore; spirito di generosità verso i coeredi al fine della realizzazione di quella uguaglianza di trattamento che è, dopo tutto, un principio informativo basilare dell'istituto della collazione; interesse di non conseguire più di una data entità del *relictum* per non incorrere – per i criteri progressivi delle tassazioni tributarie sulle successioni – nel periodo di applicazione di certe aliquote o soltanto del superamento del minimo esente».

Cosicché, per concludere, da tutto quel che si è scritto discende chiaramente che, al contrario di quanto statuito da Cass. n. 1845/1961 (e in apparenza ritenuto consolidato, fin qui, sia in giurisprudenza, sia in dottrina), la dispensa dalla collazione debba sempre ritenersi unilateralmente disponibile e rinunciabile, da parte dell'erede/donatario dispensato, dopo la morte del *de cuius*/donante ⁽⁸⁷⁾.

3.1. – Se la dispensa consiste in una liberalità autonoma ed integrativa di quella *donationis causa*, con effetti destinati a prodursi dopo la (e a causa della) morte del donante, anche quando risulti essere stata posta *in fieri* con un negozio a struttura e sostanza *inter vivos*, di nuovo, può accadere che il donatario la riceva, trattandosi di atto *inter vivos*, per donazione o altro negozio, unilaterale o meno, successivo ad essa.

Peraltro, anche tramite il compimento di uno di questi atti, il donatario diventa titolare di un diritto potestativo (i cui effetti sostanziali sono destinati a prodursi soltanto *pro futuro* e, nei suoi confronti ⁽⁸⁸⁾, previa accettazione dell'eredità del donante), con riguardo al quale è ragionevole pensare che costui, così come potrebbe declinare l'acquisto del diritto *de quo ab initio*, possa sempre decidere di rinunciarvi, dopo averlo acquistato, cambiando idea, anche prima della morte del donante; e che possa far ciò, sempre e comunque, con un atto ancora una volta individuale, a beneficio indiretto, per l'occasione, degli altri possibili, futuri, eredi del donante ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ V. anche, nel lontano 1893, PIOLA, *op. cit.*, p. 526-527, n. 18: «[L]a dispensa dalla collazione costituisce un vero e proprio diritto appartenente a colui a favore del quale la dispensa è stata disposta (...) [q]uando la successione è stata aperta il donatario può rinunciare a profitto dei suoi coeredi all'ottenuta dispensa».

⁽⁸⁸⁾ Perché, in astratto, resta altresì fermo il caso di cui all'art. 740 c.c.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. VISALLI, *op. cit.*, p. 116: «Più in generale, ritengo che il donatario, anche se ha accettato la dispensa, possa rinunciare a questa in seguito, unilateralmente, perché la rinuncia ha per oggetto un diritto potestativo di cui il titolare può disporre». In vero, l'unico problema che si porrebbe contro l'esercizio della rinuncia alla dispensa, da parte del donatario, in vita del donante, consisterebbe nel vedere in detta rinuncia – anche non nell'ottica, *stricto sensu*, di Cass. n. 1845/1961 – un atto che richieda comunque l'accettazione del dispensante e, quindi, un accordo tra donante/dispensante e donatario/dispensato. Perché, in tal caso, anche raggiunto l'accordo, esso potrebbe, per assurdo, essere qualificato come un patto successorio rinunciativo, nullo, oggigiorno, *ex art. 458 c.c.* (v. a suo tempo PIOLA, *op. cit.*, p. 527, n. 18: «Se, avvenuta la dispensa per atto tra vivi, donante e donatario volessero ritornare sull'avvenuta dispensa, porrebbero in essere un atto non avente alcun valore. Infatti la rinuncia a far valere la dispensa dalla collazione altro non sarebbe che un patto relativo alla successione del donante, dal momento che la rinuncia non avrebbe alcun effetto fra donante e donatario, solo avrebbe effetto fra donatario ed eredi del donante, e regolerebbe i rapporti fra queste persone quando fossero per venire all'eredità del donante stesso; come patto relativo ad una successione non ancora aperta sarebbe colpito dal divieto di cui l'art. 1118, capoverso, del codice civile (del 1865, *n.d.a.*), e però non avrebbe giuridica

Così come, passando per reciprocità sul lato del donante, sembra assennato ritenere che:

– poiché la dispensa dalla collazione consiste nell'attribuzione di un diritto autonomo, che si concretizza in una liberalità, che configura un *quid pluris*, che spetta al donatario dispensato *mortis causa donantis*, ed è perciò destinata a produrre pieno effetto soltanto dopo la morte del donante, anche quest'ultimo possa riservarsi il diritto di cambiare idea, *usque ad vitae supremum exitum*; e,

– perciò, che costui possa revocare la dispensa, oltre che quando l'abbia prevista in un atto di ultima volontà, anche quando l'abbia inserita in una donazione, piuttosto che rilasciata per altro atto *inter vivos* (unilaterale o meno) ad essa successivo; ed infine,

– che il donante possa effettuare la revoca sia per testamento, sia con un ulteriore atto *inter vivos* (ma con effetti *mortis causa*, al pari dell'atto di dispensa *inter vivos*), avente contenuto a sua volta emendabile con un altro atto *inter vivos* (ma sempre con effetti *mortis causa*) o di ultima volontà.

Il tutto in linea con quanto aveva evidenziato, pur se in un passato ormai lontano, autorevole dottrina; la quale aveva scritto che «questa dispensa non induce alcun vincolo effettivo a carico del donante» ⁽⁹⁰⁾, ed è, quindi, «sempre rivocabile: perciocché se il padre di famiglia può, finché vive, modificare a suo talento la distribuzione del suo retaggio fra i suoi figli, *a fortiori* può costringere il figlio coerede al conferimento d'una donazione dal quale prima lo aveva dispensato. Rivocando detta dispensa, il donante non altera punto né vulnera i diritti acquisiti dal donatario, come tale; questi diritti rimangono inviolati ed intatti; colla revoca della dispensa l'ascendente donatore non fa che modificare la funzione della donazione nei rapporti colla futura distribuzione dei propri averi dopo il suo decesso, astringendo, in sostanza, il figlio donatario a computare nella propria quota ereditaria quei beni che prima gli aveva donati a titolo di anteparte e come un prelegato» ⁽⁹¹⁾.

efficacia»). Tuttavia, in virtù di quanto esposto, traducendosi in un diritto potestativo, non c'è bisogno dell'accordo tra donatario e donante, ai fini della rinuncia, da parte del primo, alla dispensa dalla collazione fatta dal secondo, durante la sua vita; ragion per cui il problema non si pone.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. LOSANA, *Le disposizioni comuni* (2^a ed.), cit., § 521, p. 420: «La dispensa non può significar altro senonché, *rebus sic stantibus*, aprendosi la successione dell'ascendente, donante, il donatario avrà diritto di concorrere coi suoi fratelli, benché chiamati a succedere in parti uguali, al riparto dell'eredità senza rimettere nella massa la liberalità conseguita (*recitius*, senza rimettere nella massa il valore patrimoniale della liberalità conseguita, in ossequio a quanto qui illustrato nella Parte prima, al par. 2.3 – *n.d.a.*)».

⁽⁹¹⁾ *Idem*, p. 421.

Sicché, in sintesi, ad integrazione dell'osservazione per cui la dispensa dalla collazione di una donazione dev'essere sempre un negozio ad effetti unilateralmente disponibili da parte dell'erede/donatarario, dopo la morte del *de cuius*/donante, occorre aggiungere che, in ragione di quanto appena riferito, dovrebbe, in tutta sincerità, discendere che, più in generale, gli effetti della dispensa dalla collazione (anche allorché vi fosse, ad un certo punto, un accordo in merito tra donante e donatarario) siano sempre da ritenersi, di principio, disponibili da parte di ciascuno degli interessati; segnatamente, nel caso del donante, fino al momento della morte ⁽⁹²⁾.

Senonché, innanzitutto, per quanto concerne la *quaestio* della disponibilità degli effetti di una dispensa, *ex parte donatarii*, in vita del donante – tralasciando per ora il problema di un'eventuale applicabilità, anche con riguardo a questa figura, dell'art. 1333 c.c., di cui *infra* – si deve rilevare che, al di là di ogni disquisizione teorica, non abbia nemmeno un gran senso parlarne, dato che a chiudere il discorso dovrebbe bastare, sul piano pratico, la seguente considerazione. Se è vero (com'è vero) che l'atto di dispensa concerne l'attribuzione, dal donante al donatarario, di un diritto che il secondo potrà in sostanza far valere solo dopo la morte del primo, allora è molto improbabile che un qualsiasi donatarario, ancorché abbia desiderio di muoversi in tal senso, si preoccupi di rinunciare agli effetti *mortis causa donantis* (formalmente accettati o meno) di una dispensa, durante la vita del suo donante. Potendo agire dopo il decesso di costui (e rinunciare, se del caso, perfino alla sua eredità), il donatarario dispensato aspetterà la morte del dante causa e poi assumerà la decisione più opportuna, individualmente, nel proprio esclusivo interesse, morale e/o patrimoniale. Quindi, nonostante il diritto potestativo acquisito dal donatarario dispensato dovrebbe considerarsi liberamente disponibile, da parte sua, già in vita del donante ⁽⁹³⁾, nella realtà dei fatti, detto donatarario, non avendo un concreto interesse a ciò (visto che potrà sempre agire in tal senso in futuro), mai si attiverà per disporre della dispensa e, per l'effetto, per rinunciarvi, fintanto che il donante sarà vivo.

⁽⁹²⁾ Infatti, sempre l'autore di cui sopra aveva scritto: «ora, siccome l'ascendente donante conserva, pendente tutta la sua vita, assoluta la facoltà di distribuire, come più gli talenti, le sostanze che lascerà alla sua morte, la dispensa dalla collazione non può costituire né vincolo efficace per lui, né diritto quesito pel donatario a quella guisa che l'obbligo, espresso o tacito, di conferimento non impedisce al donatario di rinunciare volendo, a suo tempo, all'eredità e di conservare i beni donati quale semplice donatario» (v. LOSANA, *Le disposizioni comuni* (2^a ed.), cit., § 521, p. 420). Concorde CASULLI, *La dispensa*, cit., § 2, p. 33.

⁽⁹³⁾ Questo anche per l'inapplicabilità a costui, in senso stretto, dell'art. 1333 c.c., per le stesse ragioni di cui *infra* nel testo, con riferimento al donante.

Mentre, per quanto attiene alla disponibilità individuale della dispensa *ex parte donantis*, anche alla luce delle relative, possibili, intenzioni di cui si è dato conto, sembrerebbe insorgere un problema. Un problema che, stante quanto riferito dalla dottrina (nel contesto di discorsi in cui alcuni autori hanno scisso chiaramente le due argomentazioni di cui *infra*, mentre altri appaiono averle confuse o almeno parzialmente sovrapposte l'una all'altra), assumerebbe una duplice sfaccettatura. La quale consisterebbe nel fatto che se la dispensa dalla collazione, pur se giudicata autonoma rispetto alla donazione, fosse contenuta nell'atto donativo, rispettivamente:

a) per alcuni autori, con essa si porrebbe altresì in essere, *a latere* della donazione, una proposta di contratto con obbligazioni del solo proponente, *ex art.* 1333 c.c. ⁽⁹⁴⁾. Così che un'eventuale, successiva, revoca (unilaterale) della dichiarazione di dispensa, da parte del donante, dovrebbe considerarsi inammissibile ⁽⁹⁵⁾;

b) per altri autori, dato che la legge non pone «alcuna esplicita limitazione alla rilevanza giuridica della volontà di dispensa» ⁽⁹⁶⁾, non si riuscirebbe a spiegare come «il mancato rispetto della stessa volontà privata in ordine alla efficacia irrevocabile della dispensa stessa potrebbe essere ermeneuticamente e sistematicamente giustificato» ⁽⁹⁷⁾. Come a

⁽⁹⁴⁾ Cfr. BURDESE, *op. cit.*, p. 310 e p. 312; VISALLI, *op. cit.*, p. 115.

⁽⁹⁵⁾ V. anche CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472: «Se contenuta nell'atto stesso di donazione, la dispensa è revocabile solo con l'accordo del donatario» (passaggio in cui l'a., riconosciuta natura autonoma alla dispensa, nondimeno si è richiamato, in nota, a «Cass. 29-7-1961, n. 1845, GC, 1962, I, 100, con nt. contraria di CASSISA» – v. p. 473, nt. 5). Così come inammissibile (per l'occasione, peraltro, *ex art.* 1372, comma 1, c.c.) dovrebbe essere, a questo punto, anche una futura rinuncia alla dispensa, da parte del solo donatario, in vita del donante, una volta perfezionato il contratto *de quo*. Non solo, però, perché per alcuni autori, «l'affermazione dell'irrevocabilità della dispensa *inter vivos* è tanto recisa che escludono perfino la possibilità di una revoca consensuale, sotto il profilo che una tal revoca configurerebbe un patto successorio» (v. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 4, p. 251-252, nt. 24, dove, pur senza compiere richiami espressi, costui si è senza dubbio rifatto al pensiero di Piola, qui esposto nella nota 89). In generale, infine, si è anche messo in luce che «la possibilità (...) che la dispensa assuma veste di una donazione (a parte, rispetto alla donazione cui si riferisce per escluderne la collazione, *n.d.a.*) ha indotto diversi autori a ritenere che la dispensa espressa in tale forma avrebbe struttura contrattuale e richiederebbe quindi l'accettazione del donatario» (v. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 2, p. 246). «E, stando ai comuni principi negoziali, non avrebbe senso esigere l'accettazione ove ad essa non si ricollegasse l'effetto di rendere irrevocabile la dispensa» (v. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 4, p. 252, nt. 24). Sicché, *a latere* e per contro, è anche legittimo dire che «[l]a verità è che il principio dell'irrevocabilità della dispensa non testamentaria è considerato in genere talmente pacifico e comunque talmente implicito nella qualifica di atto *inter vivos* in tal caso dalla dispensa assunta, che spesso gli interpreti si sono limitati a presupporla, senza darsi la pena di ribadirla espressamente» (cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 4, p. 252, nt. 24).

⁽⁹⁶⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 6, p. 256.

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*. L'a. ha poi precisato: «Di fronte alla prova irrefutabile che la nostra legge

dire che, poiché la legge non dice nulla circa la revocabilità o l'irrevocabilità della dichiarazione di dispensa del donante, allora, quando la dispensa è compiuta, non per atto di ultima volontà, ma per atto *inter vivos*, anche allorché non si volesse vedere in esso la fonte di un contratto *ex art.* 1333 c.c., non sarebbe mai possibile porre limiti all'autonomia privata e, perciò, impedire al donante di dichiararne, a monte, l'irrevocabilità⁽⁹⁸⁾. Anche se questo produrrebbe, di contro, l'effetto, per il dichiarante, di autovincolarsi *pro futuro* e, quindi, di non poter cambiare idea, perfino se l'irrevocabilità di specie dovesse poi rivelarsi contro i suoi interessi⁽⁹⁹⁾.

consente al futuro *de cuius* di esprimere la sua volontà di dispensa nello stesso atto di donazione (principale), in mancanza di una qualsiasi indicazione in senso contrario, pur dovendosi respingere, come vedremo più innanzi, l'avviso secondo cui l'irrevocabilità della dispensa deriverebbe in tal caso dall'irrevocabilità propria della donazione e pur rivelandosi parimenti inaccettabile, come pure vedremo a suo tempo, l'opinione, non meno diffusa, che la stessa irrevocabilità sarebbe un corollario di una pretesa imprescindibile struttura contrattuale della dispensa contenuta nell'atto di donazione, l'unica ipotesi ermeneutica ragionevole appare quella di ritenere che il legislatore abbia effettivamente riconosciuto piena validità ad una dispensa avente in tutto e per tutto la stessa efficacia (e quindi anche l'irrevocabilità) della contestuale donazione principale. La diversa ipotesi che il legislatore abbia inteso attribuire alla dispensa non contenuta nel testamento l'efficacia semplicemente revocabile tipica di ogni disposizione *mortis causa*, seppure ipotesi legittimamente prospettabile da un punto di vista astratto, con riguardo al nostro ordinamento positivo, se non irrimediabilmente assurda, appare per contro affatto improbabile». Ed infine ha concluso che «il legislatore, se realmente avesse considerato la dispensa non testamentaria quale semplice surrogato della dispensa testamentaria, non avrebbe posto le due figure su di un piano di perfetta uguaglianza ed alternatività, ma con ogni verosimiglianza si sarebbe preoccupato di precisare la natura in ogni caso revocabile della dispensa non testamentaria» (*Ibidem*). Se non fosse che questa affermazione potrebbe dirsi di per sé speculativa, ove non supportata da argomentazioni di sostanza; che però sussistono, ma rimangono quelle di cui sopra, con riguardo alle quali valgono, *contra*, le osservazioni di cui *infra* nel testo ed alla nota 100.

⁽⁹⁸⁾ Vedasi in merito anche, più in generale [con un'affermazione che appare a sostegno, in parte, sia degli argomenti di cui alla lett. *a*), sia di quelli di cui alla lett. *b*) del testo], CARNEVALI, *op. cit.*, p. 472-473, dove l'a. ha scritto che «dubbio è il caso in cui la dispensa sia oggetto di un autonomo negozio successivo alla donazione: se si tratta di atto avente forma di negozio testamentario, è revocabile, mentre dovrebbe ritenersi irrevocabile se all'atto si attribuisce natura contrattuale» (ed ha richiamato, in nota, Forchielli e Burdese – cfr. p. 473, nt. 6). Conforme GAZZARA, *op. cit.*, p. 338.

⁽⁹⁹⁾ Questione che, tra l'altro, Forchielli si è posto, là dove ha scritto: «A questo punto ci prospettiamo però un'obiezione abbastanza seria che potrebbe venire sollevata contro il nostro assunto. Obiezione che, per la verità, non è stata mai apertamente sollevata in dottrina, ma non per questo va trascurata, giacché, se fosse esatta, pregiudicherebbe la configurabilità di una dispensa *inter vivos*, così come da noi ipotizzata. Ammesso (*sub specie facti*) che, nell'intenzione del donante, la dispensa contenuta nell'atto di donazione principale dovesse avere carattere irrevocabile, non potrebbe darsi (*sub specie iuris*) che la nostra legge attribuisse sempre (anche quindi in codesta ipotesi) alla dispensa efficace meramente revocabile, riservando cioè alla dispensa, ancorché concepita dalle parti come disposizione *inter vivos*, l'identico trattamento della dispensa di ultima volontà, assoggettandola perciò in

Sennonché, parlando qui del secondo approccio appena richiamato, ma tenendo presente che gli argomenti oggetto di trattazione si possono estendere direttamente e per l'intero anche al primo approccio, si veda, innanzitutto, quanto segue.

Se è vero che, nella circostanza, nel silenzio della legge, deve essere rispettata l'autonomia privata, è altrettanto vero che, in un tale contesto, si pone, *ex post*, per l'interprete, un problema di politica del diritto. Perché costui è chiamato a scegliere se, a fronte di un negozio posto in essere dal donante, con effetti destinati a prodursi soltanto dopo la (e a causa della) sua morte, durante la vita di costui sia più opportuno tutelarne l'autonomia privata originaria ed istantanea (cioè quella corrispondente alla sua volontà espressa con la dichiarazione di dispensa), oppure quella successiva ed *in fieri*, là dove il donante abbia deciso di cambiare idea rispetto a quanto inizialmente dichiarato. Così, trattandosi – si ribadisce – di un negozio giuridico con effetti sostanziali destinati a prodursi, a favore del beneficiario, solo *pro futuro*, a partire da un certo momento storico (segnatamente, dal giorno della morte del donante), e a causa di un evento strettamente connesso a quel momento storico (la predetta morte del donante), appare ben più ragionevole tutelare la seconda forma di autonomia privata, fintanto che l'evento non si sia verificato e gli effetti in questione non abbiano cominciato a prodursi ⁽¹⁰⁰⁾.

tutto e per tutto al regime giuridico delle disposizioni di ultima volontà, salva la forma (nella specie non testamentaria)? Se così fosse, è chiaro che la circostanza di essere la dispensa contenuta nell'atto di donazione anziché nel testamento ed il fatto inoltre che il donante abbia inteso stipulare una dispensa irrevocabile sarebbero per la legge assolutamente indifferenti e irrilevanti» (v. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 6, p. 255-256). Questione che peraltro, l'a., dopo aver chiosato che l'identità di trattamento appena descritta concretizzerebbe un'«ipotesi ermeneutica dal punto di vista pratico non del tutto deprecabile» (*Idem*, § 6, p. 256), ha comunque concluso nel senso di cui al testo, nel rispetto dell'autonomia privata del donante; ma si noti bene, solo quella originaria o istantanea, focalizzata sul momento del rilascio della dichiarazione di dispensa (come si vedrà a breve, in forza di quanto *infra*).

⁽¹⁰⁰⁾ Infatti, sempre chi ha sostenuto di più l'irrevocabilità della dispensa contenuta in donazione, fondandola sulla tutela dell'autonomia del donante in sede di rilascio della dispensa, pur rilevando il passaggio di Losana, già citato in questo paragrafo, per cui un padre di famiglia «se può (finché vive) modificare a proprio talento la distribuzione delle proprie sostanze tra i figli, *a fortiori* può costringere il figlio al conferimento di una donazione del quale prima lo aveva dispensato» (cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 6, p. 256, nt. 33), ha, da un lato, per contro, dichiarato: «L'argomentazione non è però decisiva giacché le considerazioni da noi svolte nel testo si appoggiano alla premessa di fatto che il *de cuius* abbia inteso concedere una dispensa *inter vivos*, come tale irrevocabile». E poi, dall'altro, ha eccepito: «Come disciplinerebbe il Losana la fattispecie (da noi dianzi ipotizzata) del donante che dichiara testualmente di «dispensare irrevocabilmente»?»; ed ha concluso, rispondendo che «[i]n questo caso, anche ammesso che in generale il padre, fin che vive, possa modificare la

Ciò mentre, addirittura, *a contrariis* e per assurdo, per un autore, se la dispensa fosse «contenuta in un autentico testamento a carattere generale (contenente istituzioni di erede e legati)» ⁽¹⁰¹⁾, che è, *ex art.* 587, comma 1, c.c., un negozio revocabile dal testatore fino alla morte, «anche in tal caso, ove il testatore avesse portato il testamento a conoscenza del discendente-donatario (art. 1333 c.c.), eccezionalmente ci si potrebbe trovare di fronte ad una disposizione irrevocabile a carattere *inter vivos*» ⁽¹⁰²⁾.

Quanto sopra, senza contare che i due approcci esposti sollevano altresì la *quaestio* del divieto dei patti successori, di cui all'art. 458 c.c. ⁽¹⁰³⁾.

propria volontà *mortis causa*, l'interprete si troverebbe di fronte ad una innegabile rinuncia a codesto generale ed ipotetico potere di revoca. E, per negare validità a tale rinuncia» – ha chiosato – «mi pare che l'unica strada sarebbe quella (da noi appunto ipotizzata nel testo) di prospettare un intervento operativo della legge, nel senso di attribuire sempre ed in ogni caso (anche contro la concreta volontà del donante) efficacia meramente revocabile alla dispensa». Il tutto, quando, però, qui si è messo in luce che, per risolvere il problema *de quo*, basterebbe che l'interprete, postosi il problema di un conflitto di interessi tra la tutela dell'autonomia privata del donante in sede di dichiarazione di dispensa e quella successiva, eventualmente avanzata da costui, in vita, cambiando opinione, risolvesse il conflitto tutelando l'autonomia *in fieri* a dispetto di quella originaria, per le ragioni di cui al testo.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 5, p. 254.

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰³⁾ V. ad esempio, sul punto, *in primis*, MIGNOLI, *op. cit.*, § 4, p. 83-84. *Quaestio* di cui ha dato conto, oltre sempre a FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 18-20, p. 278-284, anche BURDESE, *op. cit.*, p. 312, là dove ha rilevato che nel caso della «mera proposta contrattuale, suscettibile di divenire come tale irrevocabile *ex art.* 1333 cod. civ. non appena giunga a conoscenza del destinatario», si tratterebbe di un'ipotesi in cui «la dispensa assumerebbe veste di fattispecie contrattuale, senza per ciò ostare al divieto dei patti successori c.d. istitutivi di cui all'art. 458 c.c.: detta norma, letteralmente riferita alle convenzioni ma suscettibile, per la sua *ratio*, di applicazione estensiva anche ai negozi unilaterali, ci sembra infatti non possa trovare applicazione a disposizioni, come la dispensa irrevocabile, che abbia già comportato attribuzione patrimoniale definitiva a favore del donatario indipendentemente dalla morte del disponente, anche se la definitività del relativo arricchimento, conseguito tramite effetto impeditivo dell'operare della collazione, costituisce deroga al regime dispositivo della successione a causa di morte; come parimenti il divieto, sancito dallo stesso art. 458, di ogni atto con cui taluno rinunci ai diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta non troverà applicazione alla eventuale rinuncia, contrattuale o unilaterale che sia, alla dispensa medesima». Tuttavia, a ciò si può facilmente obiettare che se si afferma che sia dispensa irrevocabile quella che «abbia già comportato attribuzione patrimoniale definitiva a favore del donatario indipendentemente dalla morte del disponente», quando si sta discutendo di uno strumento che, come dovrebbe essere ormai chiaro, dovrebbe produrre i suoi effetti ordinari solo dopo la morte del donante, allora è evidente che il problema del divieto dei patti successori (istitutivi) non si pone, per l'occasione, semplicemente perché delle due l'una. Perché si ritiene che la dispensa così posta in essere sia sempre e comunque un atto *inter vivos*, privo di effetti *mortis causa*; oppure perché, salvo il caso in cui si intenda dare per dimostrato a priori il *thema probandum*, si opera a monte, ancora una volta, una scelta di politica interpretativa, segnatamente consistente nella ribadita volontà di tutelare la già citata autonomia privata del disponente

Non solo, però, perché, *ad abundantiam*, il testo dell'art. 737 c.c. non contempla l'accettazione del destinatario della dispensa ⁽¹⁰⁴⁾, che quindi può consistere in un negozio unilaterale ⁽¹⁰⁵⁾. Tanto che alcuni autori hanno perfino scritto che «[l]'eventuale accettazione del donatario, anche per la dispensa, rappresenta un atto giuridicamente inutile» ⁽¹⁰⁶⁾; mentre gli stessi e altri autori hanno equiparato la dispensa, sul piano degli effetti, quale atto liberale autonomo *mortis causa donantis*, anche ove posto in essere *inter vivos*, al *legatum liberationis* ⁽¹⁰⁷⁾ e alla remissione del debito ⁽¹⁰⁸⁾.

nel solo momento del rilascio della sua dichiarazione. Ed infatti Forchielli ha ammesso che, per l'occasione, un'altra questione (oltre a quella di cui alla nota 99) si pone, anche in proposito, là dove ha scritto che «[v]ero è che l'ammissibilità della dispensa contrattuale è stata da alcuni autori contestata sotto tutt'altro angolo visuale, vale a dire sotto il profilo che, in tal caso, la dispensa urterebbe inevitabilmente contro il ferreo divieto dei patti successori (art. 458 c.c.)» (cfr. *La collazione*, cit., § 18, p. 278-279), e che in questo caso si tratterebbe «realmente di obbiezione non priva di parziale fondamento» (*Idem*, p. 279). Ma poi ha concluso che «non appare impossibile dimostrare che la dispensa, sia essa unilaterale o bilaterale, sfugge sempre al divieto dei patti successori» (*Ibidem*); e ha dimostrato ciò facendo sempre ricorso all'argomento di cui sopra.

⁽¹⁰⁴⁾ V. su tutti CASULLI, *La dispensa*, cit., § 2, p. 33; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (2^a ed.), cit., p. 730.

⁽¹⁰⁵⁾ Come hanno riconosciuto tutti gli autori citati nella nt. 35, in particolare, da quando vige il testo attuale dell'art. 737 c.c., BURDESE, *op. cit.*, p. 311-312; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 473; VISALLI, *op. cit.*, p. 116; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 26, p. 506; § 37, p. 526; § 38, p. 527; PALAZZO, *op. cit.*, p. 1019; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (2^a ed.), cit., p. 730. Per inciso (v. Parte I, nt. 53 e 68), neanche Cass. n. 1845/1961 ha escluso che la dispensa possa essere emessa per atto unilaterale *inter vivos* del donante.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2^a ed., cit., p. 730 [«Viene normalmente ammessa, accanto alla dispensa contrattuale, anche una dispensa *inter vivos* a struttura unilaterale perché il legislatore si riferisce solo alla dichiarazione di dispensa («... salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati»), mentre ignora completamente l'eventuale accettazione del donatario, a parte la considerazione che, in caso di dispensa testamentaria, il negozio non può essere che unilaterale. Questo carattere, per l'unitarietà dell'istituto, deve affermarsi in ogni caso anche, cioè, nell'ipotesi di dispensa contenuta nella stessa donazione; si tratta di due negozi collegati di natura diversa: contrattuale la donazione, unilaterale la dispensa. L'eventuale accettazione del donatario, anche per la dispensa, rappresenta un atto giuridicamente inutile»]; FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 16, p. 274 («a rigor di logica, non può *a priori* escludersi l'ipotesi che, giuridicamente, l'accettazione nulla aggiunga alla dichiarazione di dispensa emessa dal donante, già in sé perfetta ed efficace quale dichiarazione negoziale unilaterale»).

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 248; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* (4^a ed.), cit., p. 1390 (v. anche, qui, Parte I, nota 17).

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 248 e § 9, p. 262; § 15, p. 273. Questo perché, se si guarda «alla sostanza tipica del regolamento negoziale espresso dalla dispensa», e ci si rende conto che «il rapporto di collazione integra un legato obbligatorio *ex lege*, e quindi in definitiva un'obbligazione gravante sul coerede-donatario», il riconoscimento che esista un effetto di remissione del debito diventa automatico (v. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 247-248). Remissione del debito che, *incidenter tantum*, consiste, come noto, in un negozio unilaterale che può creare una liberalità di per sé e può produrre i suoi effetti anche in assenza di una formale accettazione del destinatario.

Tuttavia, se è così, allora non si capisce perché soltanto per le due discutibili (e sovrapponibili) ragioni di cui sopra, per parte della dottrina che ha rilevato ciò, tutto dovrebbe cambiare allorché la dichiarazione di dispensa fosse inserita nell'atto di donazione; per di più quando la stessa dottrina ha sempre presupposto che la dispensa dovrebbe comunque ritenersi una liberalità autonoma rispetto alla donazione e con effetti *mortis causa*, volti a prodursi dopo il, e a causa del, decesso del donante.

Tant'è che, infine, anche la Corte di Cassazione, nella più volte citata sentenza n. 1845/1961, ha, in sostanza, dichiarato di non aderire all'ultima delle tre teorie sulla natura della dispensa richiamate nella Parte I (nel par. 2.3), in ragione proprio di quest'antinomia logico-giuridica. Infatti, ponendo la *quaestio* in oggetto sul piano della forma dell'atto di dispensa, essa ha asserito, prima che «dal punto di vista formale la dottrina dominante, seguita dalla costante giurisprudenza ritiene che la dispensa, oltre che con la donazione o con il testamento (il che è ammesso esplicitamente dalla legge), possa essere disposta con atto tra vivi successivo alla donazione, ma che in questo caso quell'atto debba avere sempre la forma della donazione, consacrando una nuova liberalità o un rafforzamento o modalità della precedente» ⁽¹⁰⁹⁾; e poi che «[s]olo l'ultima corrente dottrinale dianzi indicata, che concepisce la dispensa come negozio *mortis causa sui generis*, ammette la libertà di forma, ma tuttavia pone una distinzione (che ne mina la consistenza), in quanto ammette che, allorché la dispensa sia contenuta nella donazione, segue la forma di questa e la irrevocabilità, limitando la libertà di forma solo nel caso che la dispensa sia disposta con atto tra vivi successivo alla donazione» ⁽¹¹⁰⁾. Come a dire, sul piano del diritto sostanziale ⁽¹¹¹⁾, che non ha senso affermare che: *i*) la dispensa sia un atto di liberalità supplementare ⁽¹¹²⁾ e autonomo ⁽¹¹³⁾ rispetto alla donazione cui accede; *ii*) essa sia (e resti sempre) un negozio *mortis causa*,

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Cass. 29 luglio 1961, n. 1845, cit., p. 117.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹¹⁾ Muovendo dal duplice presupposto che: *i*) in generale, «per il nostro diritto, anche a proposito di un atto solenne e tipico per eccellenza come il testamento, la sostanza rappresenta sempre il *prius* rispetto alla forma, nel senso che di regola è la sostanza ad influire sulla forma dell'atto» (v. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 249-250); *ii*) nello specifico, «la dottrina che ricostruisce la dispensa, anche se contenuta in un negozio *inter vivos* posteriore, come elemento accessorio della donazione, conclude per la necessità che essa sia munita di forma solenne» (v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2^a ed., cit., p. 730), mentre quella «secondo la quale la dispensa dalla collazione costituisce un negozio autonomo, seppur collegato, rispetto alla donazione», sostiene che la sua disciplina «non richiede un particolare formalismo e vale, perciò, il principio della libertà di forma» (*Ibidem*).

⁽¹¹²⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, 7, 9, 10 (p. 248; 258; 262; 265 nt. 59).

⁽¹¹³⁾ *Idem*, § 4, p. 253; § 10, p. 264-266; § 13, p. 270.

anche quando l'atto che la contempra sia *inter vivos*, come avviene quando è inserita in donazione o in un negozio *inter vivos* ad essa successivo ⁽¹¹⁴⁾, unilaterale ⁽¹¹⁵⁾ o bilaterale che esso sia; *iii*) la stessa generi, perciò, effetti destinati a prodursi dopo la morte del donante, che, come tali, sono sempre revocabili da costui, se la dispensa è prevista in testamento ⁽¹¹⁶⁾, in ossequio alla libertà di disporre *mortis causa* del testatore; e *iv*) poi affermare al contempo e di contro che, se la dispensa fosse contenuta in donazione, nella fattispecie potrebbe nascere un atto dispensatorio irrevocabile del donante e, perciò, vincolante per costui, per il resto della sua vita ⁽¹¹⁷⁾. Un atto di dispensa altrove perfino indicato irrevocabile di *default*, in assenza di dichiarazione contraria del donante, e revocabile, invece, solo se la dispensa disposta nell'atto «principale» ⁽¹¹⁸⁾ di donazione sia «dichiarata espressamente “revocabile”» ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, 4, 9, 10, 15 (p. 248; 251; 262; 265; 273). V. inoltre, qui, Parte I, nota 37 e par. 2.3 (testo corrispondente alle note 42 e 43). Questo anche perché, si ribadisce, «[l]a legge, come ben sappiamo, consente infatti (per ovvie ragioni di praticità e di economia negoziale) che la dispensa assuma, nella forma e nella sostanza, la veste di un negozio *inter vivos*, pur restando intatta la sua essenziale e tipica funzione di regolamento patrimoniale *mortis causa*» (cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 250).

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 17, p. 276-277, dove, ad esempio, si riporta che «oltre all'ipotesi, agevolmente intuibile, di una dichiarazione di dispensa *inter vivos* resa dal *de cuius* posteriormente alla donazione senza che sia intervenuta accettazione del donatario, non è difficile ipotizzare una dispensa contestuale ad una donazione *propter nuptias* (che la legge considera a struttura unilaterale: art. 785 c.c.), oppure anche una dispensa contestuale ad una promessa rivolta alla generalità dei discendenti».

⁽¹¹⁶⁾ *Idem*, § 14, p. 272.

⁽¹¹⁷⁾ A tutela (in astratto) dell'autonomia del donante in sede di rilascio della dispensa, ma contro (in concreto) la libertà di disporre degli effetti *pro futuro* qualora cambiasse idea.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 5, p. 254.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*. Ciò perché, si è detto, per l'occasione, «[s]ebbene dunque la forma o, meglio ancora, la sede della dichiarazione di dispensa, nella gran parte dei casi, sia indice sufficiente della natura *inter vivos* o di ultima volontà della dispensa stessa, è tuttavia chiaro che l'interprete non può prescindere dall'indagare la vera sostanza della disposizione (specie ove questa si presenti in modo atipico), con l'astratta possibilità di pervenire all'individuazione di una dispensa di ultima volontà, ancorché contenuta nell'atto di donazione, oppure all'individuazione di una dispensa *inter vivos*, ancorché contenuta nel testamento» (v. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 5, p. 255). Ma questo con l'ulteriore conseguenza che, stante quanto appena riferito, se di dispensa revocabile si dovesse trattare, essa, per tale a., tornando al piano della forma, potrebbe dirsi siffatta solo quale «disposizione di ultima volontà; soggetta, come tale, alla forma testamentaria, dalla cui osservanza non sarà quindi possibile decampare» (v. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 5, p. 254). Mentre, sempre sul piano formale, in presenza di una donazione indiretta, muovendo dal presupposto che «la nostra legge assoggetta infatti a conferimento anche le donazioni indirette e queste ultime, notoriamente, non sono soggette alla forma solenne della donazione diretta (e spesso possono quindi perfezionarsi anche oralmente)» (*Idem*, § 8, p. 260), nella fattispecie la dispensa sarebbe «valida purché espressa nelle forme richieste per la liberalità indiretta» (*Idem*, § 8,

Senza contare che, in tutta questa ipotetica realtà, in cui il parametro di riferimento per la qualificazione giuridica della dispensa *de qua* quale atto revocabile o irrevocabile dovrebbe anche essere la volontà del donante/dispensante ⁽¹²⁰⁾, non risulterebbe, viceversa, mai possibile avere, in contrasto con le possibili e ragionevoli circostanze di fatto evidenziate in questo lavoro, una dispensa unilaterale *inter vivos*, successiva alla donazione, valutabile come dichiarazione revocabile da parte del donante/dispensante ⁽¹²¹⁾; e ciò anche in palese conflitto proprio con l'appena citato approccio, che vorrebbe, al contrario, che la *quaestio* della revoca della dispensa fosse da trattarsi quale *quaestio voluntatis*, da risolvere in concreto, caso per caso ⁽¹²²⁾.

La verità è, invece, che la dispensa *inter vivos*, se è autonoma rispetto alla donazione ed è destinata a produrre effetti sostanziali in capo al donatario solo dopo la morte del donante, deve intendersi sempre revocabile dal donante (anche se inserita in una donazione ⁽¹²³⁾ e/o da costui dichiarata irrevocabile in atto). Perché essa consiste, al pari di quella testamentaria, in una liberalità *mortis causa*, che trova sempre la sua ragion d'essere nella morte del donante, la cui libertà di cambiare idea, anche sul

p. 261) e quindi «anche se espressa in forma verbale» (*Idem*, § 8, p. 260). Il tutto con l'effetto che, nel caso di una donazione indiretta di beni immobili (o altri beni trascrivibili), se la regola fosse che, in assenza di dichiarazione espressa contraria, la dispensa dovrebbe essere irrevocabile, allora si rischierebbe di non avere mai, ai fini della stessa dispensa, una dichiarazione revocabile. Salvo volersi ammettere anche qui, come per le donazioni dissimulate dietro le apparenti compravendite (cfr. Parte I, par. 2.3), una dispensa tacita, che però dovrebbe essere sempre revocabile *in rerum natura* (così da non potersi mai avere, a *contrariis*, una dispensa irrevocabile).

⁽¹²⁰⁾ Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 5, p. 253: «In realtà il problema della natura revocabile o irrevocabile della dispensa va risolto, a mio parere, in base ai comuni principi d'interpretazione negoziale, indagando cioè se il donante abbia inteso emettere una dichiarazione di ultima volontà (revocabile) oppure una dichiarazione *inter vivos* (irrevocabile). E soltanto dopo aver accertato, nelle singole fattispecie concrete, se si tratti di dispensa di ultima volontà oppure di dispensa *inter vivos* sarà possibile stabilire se il regime legale di tale fattispecie debba essere quello delle disposizioni *inter vivos* (tipico della donazione) oppure quello delle disposizioni di ultima volontà (tipico del testamento). L'irrevocabilità o la revocabilità della dispensa, lungi dunque dal poter essere dedotte *a posteriori* dal fatto che la manifestazione di dispensa abbia assunto una determinata forma, va invece accertata esclusivamente sulla base della volontà manifestata dal donante».

⁽¹²¹⁾ Perché, esaminando i casi limite sulla dispensa unilaterale/bilaterale *inter vivos*, si è detto che, al più, «la fattispecie dispensativa può avere struttura unilaterale non solo quando sia mancata una qualsiasi accettazione del donatario, ma anche quando l'accettazione abbia fatto seguito ad una dichiarazione del donante già di per sé vincolante e perfetta non come semplice proposta di contratto unilaterale (art. 1333 c.c.) bensì come valida promessa unilaterale (art. 1987 c.c.)» (cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 17, p. 253).

⁽¹²²⁾ V. sul punto anche BURDESE, *op. cit.*, p. 310.

⁽¹²³⁾ Cfr. CASULLI, voce *Collazione delle donazioni*, cit., § 4, p. 462.

punto (come per le altre disposizioni a titolo universale e/o particolare correlate al suo decesso), dovrebbe essere sempre tutelata, sino all'ultimo momento della sua vita.

Altrimenti, essa non dovrebbe mai essere revocabile dal donante, a differenza di quella testamentaria (revocabile *ex lege*), sia se contenuta in una donazione piuttosto che in un altro atto *inter vivos* ad essa successivo; ed allora dovrebbe essere sempre intesa come meramente accessoria o strumentale alla donazione, come statuito da Cass. n. 1845/1961.

Senonché, da un lato, gli argomenti svolti da Cass. n. 1845/1961 per sostenere l'accessorietà della dispensa rispetto alla donazione sono viziati da tutta una serie di errori di cui si è dato conto nella prima parte del lavoro. Mentre, dall'altro, il problema è di riconoscere e di accettare, *in toto* e a titolo definitivo, il dovuto coordinamento tra:

– gli esiti della dottrina sulla natura *mortis causa* della dispensa attuata per atto *inter vivos*, non originariamente considerata come un negozio avente tal natura, fino che non è stata affinata (dopo l'entrata in vigore del Codice civile del 1942) la distinzione tra atti *inter vivos*, atti *mortis causa* e atti di ultima volontà; e

– tutto quanto scritto sulla dispensa, prima e dopo tale evento, circa: a) la sua autonomia dalla donazione; b) il fatto che essa rappresenti sempre una liberalità integrativa della donazione, sia che venga posta in essere per atto di ultima volontà, sia che venga attuata per altro atto essenzialmente *mortis causa*, seppur a struttura e sostanza *inter vivos*, unilaterale o meno.

Problema che oggi si può provare a risolvere se si rivolge l'attenzione anche all'art. 1412 c.c., sul contratto a favore del terzo con prestazione da eseguirsi a favore del terzo dopo la morte dello stipulante.

3.2. – Dai ragionamenti fin qui svolti emerge come l'autore che ha studiato in modo più approfondito la dispensa dalla collazione, dopo che è stato sviluppato il distinguo tra atti *inter vivos*, *mortis causa* e di ultima volontà, abbia ommesso di constatare che il fatto che «[l]a legge, come ben sappiamo, consente (...) per ovvie ragioni di praticità e di economia negoziale) che la dispensa assuma, nella forma e nella sostanza, la veste di un negozio *inter vivos*, pur restando intatta la sua essenziale e tipica funzione di regolamento patrimoniale *mortis causa*»⁽¹²⁴⁾, non impedisce affatto che essa, perfino se contenuta in un negozio bilaterale quale la donazione, possa caratterizzarsi anche per la sua revocabilità, diversamente tipica delle

(124) Cfr. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 3, p. 250.

dichiarazioni di ultima volontà. Senza che accadendo questo, la dispensa si trasformi, in via eccezionale, in un atto testamentario ⁽¹²⁵⁾.

Infatti, non è in virtù di quanto sopra che viene meno l'assunto per cui se è vero che «ogni atto di ultima volontà è un atto *mortis causa*» ⁽¹²⁶⁾, non è altrettanto vero che ogni atto *mortis causa* sia un atto di ultima volontà ⁽¹²⁷⁾. Anzi, tutt'altro; per contro, però, ciò non deve significare che la dispensa compiuta tramite un atto a struttura e sostanza *inter vivos* non possa (e non debba) essere riconosciuta unilateralmente revocabile dal donante, come un atto di ultima volontà (senza divenire tale), visto che è la legge a prevedere che la dispensa produca sempre gli stessi effetti, quando assume struttura (e sostanza) sia di atto di ultima volontà, sia di atto *inter vivos*.

Del resto, se si guarda al testo dell'art. 1412 c.c. (che concerne un accordo che produce effetti che, anche se taluni ritengono che non nascano a causa della morte dello stipulante, sono comunque correlati al suo decesso e, perciò, sono destinati almeno a protrarsi oltre tale evento), ci si avvede che è la stessa legge a disporre la revocabilità unilaterale per un negozio avente caratteristiche analoghe alla dichiarazione di dispensa. Difatti, l'art. 1412, comma 1, c.c. prevede che una dichiarazione dispositiva dello stipulante, fatta per atto tendenzialmente a struttura *inter vivos*, nell'ambito di una fattispecie di cui si discute se sia da qualificarsi *inter vivos* ⁽¹²⁸⁾ o *mortis causa* ⁽¹²⁹⁾, possa essere da costui revocata, a prescin-

⁽¹²⁵⁾ *Contra* cfr. FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, cit., § 27, p. 508 (e FORCHIELLI, *La collazione*, cit., § 5, p. 254, e quanto qui in nota 119), dove si dice che se «una dispensa dichiarata espressamente “revocabile” sia contenuta nello stesso atto di donazione principale», si tratterebbe di «una disposizione di ultima volontà, eccezionalmente contenuta in un atto di donazione e, come tale, soggetta necessariamente alla forma testamentaria».

⁽¹²⁶⁾ Cfr. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 51.

⁽¹²⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁸⁾ Ai fini della qualifica del contratto *ex* art. 1412 c.c. quale negozio *inter vivos*, v. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 303; MESSINEO, voce *Contratto nei rapporti con il terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 196 ss., p. 204-205; SANTANGELO, *Contratto a favore del terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412)*, in *Vita not.*, 1974, p. 736 ss., p. 741; DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 124-125; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1981, p. 223 (per quest'ultimo, muovendo peraltro dal presupposto, *ante* Giampiccolo, che «[è] una regola senza eccezioni, e perciò è appropriata nel nostro ordinamento la contrapposizione ai negozi *mortis causa* dei negozi *inter vivos*, dei quali nessuno è a causa di morte»).

⁽¹²⁹⁾ Ai fini della qualifica del contratto *ex* art. 1412 c.c. quale negozio *mortis causa* v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, XV, 2, 2^a ed., Torino, 1960, p. 320, nt. 3; FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. c.c.* a cura di Scialoja e Branca, *Libro II, Delle successioni*, art. 456-511, Bologna-Roma, 1964, p. 96-97; MIRABELLI, *Dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*, 3^a ed., Torino, 1980, p. 445; SCOZZAFAVA, voce *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 8; MOSCARINI, *Il*

dere dal fatto che sia stata nel frattempo accettata dal destinatario terzo e divenuta parte di un negozio bilaterale. Questo là dove la norma statuisce che se la prestazione sia da eseguirsi, dal promittente al terzo, dopo la morte dello stipulante, costui possa sempre «revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria e quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare». Espressione che comporta, tra l'altro, che la revoca dell'atto *de quo*, possibile fonte di una liberalità indiretta stipulante-terzo⁽¹³⁰⁾, possa intervenire in due modi: per atto unilaterale (*mortis causa*) di ultima volontà o per altro atto unilaterale, *inter vivos*⁽¹³¹⁾.

Pertanto, nella circostanza, a determinate condizioni, come avviene per la dispensa compiuta per atto *inter vivos*, si ha a che fare con una dichiarazione unilaterale *inter vivos* (sicuramente tale per struttura), fonte di liberalità per il destinatario, contenuta in un negozio bilaterale o meno⁽¹³²⁾ e, nel primo caso, collegata ma autonoma da esso; una dichiarazione,

contratto a favore di terzi, in *Il c.c. Comm.* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Artt. 1411-1413, 2^a ed., Milano, 2012, p. 160 (dove si aggiunge che, in ogni caso, un accordo come quello in oggetto, «destinato a produrre un effetto in via di principio non definitivo, proprio in quanto destinato a regolare un assetto di interessi successivo alla morte del soggetto da cui promana l'iniziativa dell'attribuzione unilaterale del diritto al terzo, supera di per sé il confine tra negozi *inter vivos* e negozi a causa di morte»).

⁽¹³⁰⁾ Cfr. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 736: «Mentre (...) il contratto a favore del terzo previsto dall'articolo 1411 del c.c. ha una sua causa esterna (motivo) che può essere la più varia, *causa solvendi*, *causa obbligandi*, *causa donandi*, tale causa esterna è ben difficilmente rintracciabile nel contratto a favore del terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante. Non certo una *causa solvendi* dato che ben difficilmente il terzo (creditore) potrebbe contentarsi di vedere soddisfatto il suo credito dopo la morte dell'obbligato; né *causa obbligandi* dato che non si verifica molto spesso in pratica l'intenzione di un soggetto di voler obbligare qualcuno (il terzo) a vantaggio dei propri eredi. L'unico motivo per cui tale contratto potrebbe essere posto in essere è quello della *causa donandi* (pur se la *causa donandi* «è quasi del tutto trascurata quando la prestazione deve essere eseguita dopo la morte di un soggetto»).

⁽¹³¹⁾ Cfr. ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, a cura di Galgano, *Libro VI, Delle obbligazioni*, art. 1411-1413, Bologna-Roma, 2004, p. 351-352: «La revoca della stipulazione (...) può essere effettuata sia mediante un negozio compiuto nelle forme degli atti tra vivi, sia mediante una disposizione testamentaria».

⁽¹³²⁾ *Idem*, p. 344: «Nonostante il silenzio normativo da parte della disposizione in esame, come abbiamo evidenziato *supra*, sub art. 1411, nel par. 14, della sezione I, in ogni contratto a favore di terzi si ritiene ammissibile che il terzo beneficiario venga determinato successivamente, sia mediante una designazione effettuata nelle forme degli atti tra vivi (la quale, come abbiamo visto *supra*, ha carattere recettizio sia nei confronti del promittente, sia nei confronti del terzo beneficiario), sia mediante una disposizione testamentaria (che, ovviamente, non può avere carattere recettizio), e tali forme di designazione successiva sono ritenute ammissibili, secondo prevalente orientamento, anche nei contratti a favore di terzi con prestazioni da eseguirsi successivamente alla morte dello stipulante diversi dall'assicurazione sulla vita a favore di terzo di cui all'art. 1920 cod. civ.». Conforme MOSCARINI, *op. cit.*, p. 149 ss., dove ai fini della nomina del terzo per testamento si è anche scritto che

inoltre, revocabile, sia per atto unilaterale a struttura e sostanza di ultima volontà, sia per altro atto unilaterale, almeno a struttura *inter vivos*.

Sicché, in sintesi, se si ragiona sulla dispensa dalla collazione nei termini fin qui esposti e la si considera una liberalità autonoma rispetto alla donazione cui accede, con effetti destinati a prodursi, in sostanza, dopo la morte del donante, anche se posta in essere per atto *inter vivos* ed accettata dal donatario, allora, oggi, a dispetto di quando era in vigore il Codice civile del 1865, sussistono i presupposti per dire che essa sia da ritenersi sempre revocabile, unilateralmente, dal donante ⁽¹³³⁾. Infatti, se, come prevede l'art. 1412 c.c., è revocabile *ex lege*, a tutela del dichiarante ⁽¹³⁴⁾, una dichiarazione unilaterale a struttura *inter vivos*, accettata o meno dal terzo/destinatario, fonte di una liberalità con effetti destinati anche soltanto a protrarsi dopo la morte dello stipulante, *a fortiori* dev'essere revocabile, a protezione sempre del dichiarante, la dispensa dalla collazione. La quale, se rilasciata per atto *inter vivos*, ha le stesse, identiche, caratteristiche della dichiarazione di cui all'art. 1412 c.c., salva la sua accertata natura

«l'adozione dello strumento testamentario (...) richiede la ricorrenza di un presupposto minimo, che non può formare oggetto di dubbio, e cioè che l'effetto dell'atto che con lo strumento testamentario si perfeziona – nel caso, l'attribuzione del diritto soggettivo al terzo beneficiario – sia destinato a prodursi soltanto dopo la morte del disponente» (v. p. 155-156). Il che equivale a dire che se la nomina del terzo è eseguibile per testamento (evento ammissibile, dato che la norma «contempla (...) in modo espresso la possibilità di attuare, con lo strumento testamentario, la revoca dell'attribuzione del diritto al terzo beneficiario, non specificando se tale possibilità di revoca si riferisca alla sola designazione compiuta con atto unilaterale, sussunto o meno in una disposizione testamentaria, oppure anche alla designazione operata direttamente con il contratto» – cfr. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 157), allora il contratto di cui all'art. 1412 c.c. diventa necessariamente un negozio *mortis causa*.

⁽¹³³⁾ Segnatamente, per atto successivo alla donazione assunto con forma e sostanza *mortis causa* o con forma e sostanza *inter vivos* ma effetti essenzialmente *mortis causa*.

⁽¹³⁴⁾ Vedansi, ai fini della tutela del dichiarante, nell'ottica di ambedue le possibili accezioni dell'art. 1412 c.c.: *i*) PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER e DALLARI, *Codice Civile (Libro Delle Obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie)*, Milano, 1942, p. 221, R.G. n. 251: «Mi è sembrato di poter affermare la persistenza del potere di revoca da parte dello stipulante nonostante la dichiarazione del terzo di volere profittare della stipulazione, dato il carattere di quest'ultima, che normalmente non ha causa onerosa, e quindi non implica alcun obbligo di mantenere ferma l'attribuzione patrimoniale compresa nella stipulazione»; *ii*) SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 8: «Dispone esplicitamente il 1° comma dell'art. 1412 che, a meno che lo stipulante non abbia espressamente (per iscritto) dichiarato di rinunciare al potere di revoca, questo può essere esercitato anche mediante una disposizione testamentaria. È evidente che si è in presenza di un'applicazione puntuale del più generale principio, volto a garantire ai privati la maggiore libertà possibile, quando dispongono delle sorti del proprio patrimonio per il periodo successivo alla loro morte. Principio che si puntualizza nella generale e incondizionata revocabilità di tutti quegli atti che incidono sulla disposizione *mortis causa* dei beni (v. artt. 587, 1° comma, e 679 ss. c.c.)».

di atto *mortis causa*; e quindi, di negozio fonte di effetti destinati non solo a protrarsi oltre la morte del dichiarante, bensì a prodursi, in sostanza, a causa della morte di costui. Atto *mortis causa* che, perciò, ai fini della volontà del dichiarante di cambiare idea, non può che dover essere tutelato in modo più pregnante di un atto potenzialmente produttivo di soli effetti *post mortem* (quale è e resta, comunque, la dichiarazione di beneficio fatta dallo stipulante al terzo, di cui al comma 1, perfino qualora il contratto *ex art.* 1412 c.c. non sia ritenuto un negozio *mortis causa* ⁽¹³⁵⁾).

⁽¹³⁵⁾ Anche se, ai fini della *quaestio* sulla natura *mortis causa* o *inter vivos* del contratto di cui all'art. 1412 c.c., si tenga conto dei due seguenti rilievi. *In primis*, se si affiancano il testo degli artt. 1411 e 1412 c.c., si nota che l'art. 1411, comma 2, c.c., prevede che «[s]alvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione». La norma è dispositiva e, quindi, stipulante e promittente potrebbero convenire per un'ampia dilatazione del termine per l'acquisto del diritto da parte del terzo, fino ad arrivare a prevederlo già *ex art.* 1411, comma 2, c.c. come coincidente con la morte dello stipulante. Ciò se non fosse che, in questo modo, in ossequio all'autonomia privata, si avrebbe l'applicazione sia dell'art. 1411 c.c., sia dell'art. 1412 c.c., sul momento dell'acquisto del diritto da parte del terzo, a fronte di due esiti incompatibili, invece, sugli effetti della dichiarazione di revoca dello stipulante, tra quanto prevede l'art. 1411, comma 2, c.c., seconda parte, per il contratto a favore di terzi in generale, e l'art. 1412, comma 1, c.c., per il contratto a favore di terzi con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante. Ciò salvo che si veda nella morte dello stipulante, nel caso dell'art. 1411, comma 2, c.c., la previsione di un mero termine per l'adempimento, da parte del promittente, di un obbligo corrispondente ad un diritto comunque trasferito *inter vivos* dallo stipulante al terzo; e nel caso dell'art. 1412, comma 1, c.c., la previsione di un trasferimento *mortis causa* del medesimo diritto, dallo stipulante al terzo, in quanto fondato sempre e soltanto sulla morte del primo. Solo così ragionando, le due norme si conciliano tra loro. *In secundis*, tutti coloro che affermano, più o esplicitamente, che «nell'ipotesi dell'art. 1412 c.c. non è dubbio che tranne patto contrario, il terzo acquista il diritto *per effetto della stipulazione* (art. 1411, 2° comma c.c.), ossia al momento stesso della conclusione del contratto» (v. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 303; conforme Cass., 17 agosto 1990, n. 8335, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 953 ss.: «nel caso previsto dalla norma di cui all'art. 1412 c.c. la stipulazione, *inter vivos*, è immediatamente operante a favore del terzo, come si desume dal secondo comma dello stesso articolo, per il quale la prestazione deve essere eseguita a favore degli eredi del terzo se questo premuore allo stipulante, purché il beneficio non sia stato revocato o lo stipulante non abbia disposto diversamente»), applicano l'art. 1411, comma 2, c.c. per stabilire il presunto momento "immediato" dell'acquisto del diritto da parte del terzo; ed assumono, quindi, quale parametro di riferimento un termine previsto soltanto di *default* dalla legge, in assenza di previsione contraria stipulante-promittente. Sicché, costoro, nell'analizzare l'art. 1412 c.c., per inquadrarlo quale norma fonte di negozi *mortis causa* o *inter vivos*, lo qualificano quale matrice di soli negozi *inter vivos* (come l'art. 1411 c.c.) attribuendo a priori alle varie fattispecie pratiche ad esso riconducibili un termine per l'acquisto del diritto da parte del terzo altrove previsto e ivi dichiarato disponibile *ex lege*. Finendo così, però, per arrogarsi un potere di ricostruire tali fattispecie e di dotarle al contempo, sul piano del momento dell'acquisto del diritto da parte del terzo, di termini non più negoziabili dalle parti e di agire, perciò, in un'ottica di interpretazione "forzosa"/inderogabile di tali termini, e non, invece, derogabile come vuole la legge.

Quanto sopra, altresì con la precisazione che, per l'ipotesi di una eventuale rinuncia dello stipulante «per iscritto al potere di revoca» (di cui sempre all'art. 1412, comma 1, c.c.) e di una possibile estensione della sua disciplina, per le stesse ragioni finora indicate, anche alla dispensa, va per contro rilevato che: *i*) se si ritenesse che l'art. 1412 c.c. disciplini negozi *inter vivos*, la rinuncia, per l'occasione, si giustificerebbe proprio in virtù della peculiarità di avere a che fare con un atto *inter vivos*, suscettibile di irrevocabilità *ex contractu*; *ii*) se si ritenesse che l'art. 1412 c.c. regoli negozi *mortis causa*, essa costituirebbe una deroga eccezionale al divieto dei patti successori, da non estendersi per analogia alla dispensa ⁽¹³⁶⁾.

Tutto quello che si è scritto in questo paragrafo, in ogni caso, per chiudere, da farsi valere accanto e in subordine al fatto che, si ricordi bene:

a) da un lato, la revocabilità della dispensa dalla collazione da parte del donante dovrebbe essere già riconosciuta per proprio conto, in ragione della provata opportunità di tutelarne gli interessi e l'autonomia privata, in concreto, fino al momento della morte (anche alla luce dell'irrelevanza *ex lege* dell'accettazione del donatario); e

b) dall'altro, una presunta irrevocabilità della dichiarazione di dispensa del donante dovuta ad un'intervenuta conclusione, a qualsiasi titolo (*ex art. 1333 c.c. o per altra via*), di un accordo dispensatorio donante-donatario, non dovrebbe essere altresì ammissibile, per violazione, da parte del contratto *de quo*, dell'art. 458 c.c.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. FERRI, *op. cit.*, p. 96-97: «La revocabilità del beneficio, espressamente prevista, vale indubbiamente a differenziare tale contratto dal patto successorio vero e proprio, che deve ritenersi, come tale, irrevocabile; mentre la rinuncia al potere di revoca, anch'essa prevista dall'articolo ora richiamato, vale, all'opposto, ad avvicinarlo. In particolare la rinuncia ad un potere di revoca, che può essere esercitato anche per testamento, ha indubbiamente il significato di una restrizione della libertà di disporre con atto di ultima volontà: peraltro indubbiamente valida perché espressamente prevista dalla legge. Tutto questo ci induce a ritenere che la disposizione contenuta nell'art. 1412 introduca un'eccezione al generale divieto dei patti successori, e non sia pertanto suscettibile di interpretazione analogica (art. 14 disp. prel.)»; BETTI, *op. cit.*, p. 320, nt. 3: «È ammessa soltanto la rinuncia al potere di revoca verso il terzo, da farsi in forma scritta: rinuncia che con la dichiarazione del terzo, rende irrevocabile l'attribuzione. Nel che è da ravvisare una deroga al divieto dei patti successori enunciato dall'art. 458».

MARIELLA LAMICELA

L'interpretazione in chiave personalistica dell'art. 844 c.c.: ricadute sistematiche e nodi irrisolti

SOMMARIO: 1. Disciplina delle immissioni e tutela della persona umana. Note introduttive. – 2. Usi incompatibili di beni immobili contigui e limitazioni del diritto di proprietà nella lettura originaria dell'art. 844 c.c. – 3. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c. e la ribalta della tutela della persona da immissioni intollerabili. – 4. Il rinnovato rilievo soggettivo riconosciuto al diritto di proprietà e il diritto all'integrità della vita privata e del domicilio nel diritto europeo. – 5. (*segue*) La determinazione della soglia della normale tollerabilità, il superamento della lettura dicotomica dell'art. 844 c.c. e il trattamento giuridico da riservare alle alterazioni delle condizioni essenziali della persona esposta ad immissioni intollerabili. – 6. La singolarità delle ipotesi di responsabilità per immissioni intollerabili lesive delle abitudini e delle condizioni di vita. – 7. Le funzioni della responsabilità civile e lo statuto strumentale dell'obbligazione risarcitoria. – 8. Risarcimento del danno esistenziale da immissioni intollerabili e finalità riparatoria della responsabilità civile. Interrogativi aperti e prospettive *de iure condendo*.

1. – Già da qualche tempo nella composizione giudiziale dei conflitti tra privati determinati da fenomeni immissivi si registra un'applicazione dell'art. 844 c.c. particolarmente attenta a preservare da immissioni intollerabili non solo l'integrità del bene immobile oggetto di proprietà, ma anche il bene «salute» della persona esposta all'immissione ⁽¹⁾. Dall'inizio del secondo millennio a questa tendenza si accompagna una spiccata sensibilità verso le interferenze che più in generale il fenomeno immissivo può generare nei confronti della persona, anche quando esse non siano produttive di conseguenze rilevabili mediante accertamenti sanitari. Sembra essersi ormai consolidato, infatti, l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale dalla accertata intollerabilità dell'immissione dovrebbe potersi ricavare la lesione del diritto fondamentale al normale svolgimento della vita

⁽¹⁾ Cfr., nella giurisprudenza di merito, Trib. Vigevano, 9 febbraio 1982, in *Giur. it.*, I, 2, c. 398; App. Milano, 27 aprile 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 32; Trib. Biella, 22 aprile 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3303. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 6 aprile 1983, n. 2396; Cass., 8 settembre 1989, n. 3675. Le sentenze di legittimità citate nell'articolo, così come quelle di merito, eccetto quelle delle quali è espressamente indicata una diversa fonte, sono tratte dalla Banca Dati *Ius Explorer*, Milano.

personale e familiare all'interno dell'abitazione e il conseguente obbligo a risarcire il danno, sebbene la salute del soggetto esposto all'immissione non presenti alcuna apprezzabile compromissione ⁽²⁾.

In alcuni casi la rilevanza giuridica dell'interesse soggettivo leso, che di volta in volta assume i tratti del mantenimento di un ordinario stile di vita, della garanzia delle relazioni amicali abitualmente intrattenute o del rispetto della tranquillità domestica e del riposo, è dedotta direttamente dai precetti costituzionali ⁽³⁾; in tempi più recenti, particolarmente frequente è anche il riferimento alla sanzione del diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8* della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ⁽⁴⁾. L'effettiva ricorrenza della lesione talvolta è considerata *in re ipsa* ⁽⁵⁾, ovvero è ricavata direttamente dall'accertamento dell'intollerabilità dell'immissione, talaltra è ritenuta dimostrabile per presunzione ovvero in base alla comune esperienza ⁽⁶⁾.

Ebbene, in questa sede ci si propone di riflettere su alcune questioni di ordine sistematico che proprio la diffusa adesione riscossa sia in sede di merito che in sede di legittimità da tale indirizzo giurisprudenziale rende sempre meno eludibili.

Una prima questione attiene in particolare all'idoneità dell'art. 844 c.c. ad assolvere funzioni normative che si distanzino in modo considerevole da quelle originariamente assegnate alla disciplina delle immissioni ⁽⁷⁾. Si tratta certamente di un interrogativo non nuovo, che oggi tuttavia la dif-

⁽²⁾ Da ultimo cfr. Cass., 28 agosto 2017, n. 20445. Ma si vedano anche Cass., sez. un. 01 febbraio 2017, n. 2611; Cass., 16 ottobre 2015, n. 20927; Cass., 19 dicembre 2014, n. 26899; Cass., 27 febbraio 2013, n. 4848; Cass., 9 maggio 2012, n. 7048; Cass., 13 marzo 2007, n. 5844. Nella giurisprudenza di merito, a titolo puramente esemplificativo cfr. Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Nuova giur. civ.*, 2000, I, p. 560; App. Milano, 14 febbraio 2003, in *Riv. giur. amb.* 2003, p. 829.

⁽³⁾ Cfr. Cass., 19 dicembre 2014, n. 26899; Trib. Milano, 21 ottobre 1999, cit.; App. Milano, 14 febbraio 2003, cit.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., 16 ottobre 2015, n. 20927; Cass., sez. un., 1° febbraio 2017, n. 2611; Cass., 28 agosto 2017, n. 20445.

⁽⁵⁾ Cfr. Cass., 31 gennaio 2006, n. 2166; Cass., 13 marzo 2007, n. 5844; Cass., 27 febbraio 2013, n. 4848; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23283.

⁽⁶⁾ Cfr. Cass. sez. un. 24 marzo 2006, n. 6572; Cass. 19 dicembre 2014, n. 26899; Cass. 28 agosto 2017, n. 20445. Nella giurisprudenza di merito, cfr. App. Milano, 14 febbraio 2003, cit.; App. Milano, 29 gennaio 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, p. 391.

⁽⁷⁾ Per un inquadramento generale dell'istituto delle immissioni, cfr. SALVI, voce *Immissioni*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989; MAUGERI, *Immissioni*, in *Comm. c. c. Gabrielli*, Torino, 2012, p. 519 ss.; MATTEI, voce "*Immissioni*", in *Digesto, disc. priv.*, sez. civ, IX, Torino, 1993, p. 311 ss.; FRANCARIO, *La proprietà fondiaria*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno*, Torino, 2005, p. 461 ss.; PETRUSO, voce *Immissioni*, in *Digesto, disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento, Torino, 2012, p. 546 ss.

fusa rappresentazione dell'immissione intollerabile quale fonte di compromissione di interessi soggettivi attinenti non solo all'integrità psico-fisica ma anche alla piena realizzazione della persona umana rende ancora più pressante, dato lo scardinamento dei criteri giuridici di attivazione della tutela della persona che l'accertamento del relativo illecito potrebbe comportare, con specifico riferimento sia all'oggettiva rilevanza delle lesioni lamentate che alla loro rilevanza giuridica ⁽⁸⁾.

Una seconda questione sulla quale sembra utile soffermarsi riguarda poi più direttamente la tutela risarcitoria e la funzione che essa assolve nell'ambito del sistema normativo della responsabilità civile. Data per assodata, quantomeno in una percentuale consistente di casi, la rilevanza giuridica dell'interferenza contestata ⁽⁹⁾, si vuole indagare se e a quali

⁽⁸⁾ Si sofferma sul punto DI GENOVA, *Risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà: una svolta nella giurisprudenza di merito nazionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 293 ss. Con specifico riferimento a lesioni delle abitudini di vita della persona, dubitano, in assenza di prove, della loro ricorrenza, Cass., 19 agosto 2011, n. 17427; Cass., 20 marzo 2012, n. 4394. Escludono la rilevanza giuridica del danno alla «tranquillità domestica» Cass., 08 marzo 2010, n. 5564, con nota di SAPONE, *Tranquillità domestica o diritto al riposo?*, in *Nuova giur.civ.*, 2010, p. 588 ss.; con nota di PONZANELLI, *Le immissioni intollerabili e il rimedio del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 776 ss.; Trib. Rimini, 25 maggio 2015, con nt. nota di MENGA, *Immissioni acustiche e danno non patrimoniale: quale tutela per il diritto al riposo notturno e alla serenità domestica*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 918 ss. Per rilievi critici nei riguardi di tale ultimo orientamento giurisprudenziale, cfr. ZIVIZ, *Le immissioni intollerabili al vaglio dei principi delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 115 ss.

⁽⁹⁾ Per esigenze di spazio non si potrà affrontare in questa sede la questione, pure di estrema importanza, della persistente incertezza circa i criteri di selezione delle lesioni a valori della persona umana cui riconoscere rilevanza giuridica. La questione come è noto è oggetto di ampio dibattito, riguardando sostanzialmente la contesa circa l'opportunità di una tipizzazione del danno patrimonialmente non apprezzabile. In proposito le sezioni unite della Cassazione hanno limitato la rilevanza giuridica del danno non patrimoniale diverso dal danno biologico e dal danno morale alle sole ipotesi di compromissione degli interessi soggettivi informativi dei diritti inviolabili della persona umana, seppure, in virtù dell'interpretazione evolutiva cui si presterebbe l'art. 2 Cost, abbiano anche riconosciuto il costante aggiornamento cui sarebbe soggetto il catalogo dei diritti fondamentali di rilievo costituzionale. Cfr. Cass., sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120, con nota di PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, PARDOLESI e SIMONE, *Danno esistenziale e sistema fragile "die hard"*, PONZANELLI, *Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale*, NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38 ss. con nota di MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*. Per una lettura critica dei contenuti della pronuncia, soprattutto con riferimento ai limiti alla risarcibilità del danno esistenziale che la stessa pronuncia individuerrebbe, cfr., SCARANO, *Il danno non patrimoniale e il principio di effettività*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 1 ss. Per un perentorio invito alla rimeditazione della tipizzazione del danno esistenziale proposta dalla Cassazione nel 2008, cfr. CENDON e

condizioni il diffuso ricorso allo strumento risarcitorio, per rimediare ad offese estremamente sfuggenti sia nell'*an* che nel *quantum* del loro manifestarsi ⁽¹⁰⁾, possa essere colto come una sollecitazione a rileggere le funzioni assolute dal sistema normativo della responsabilità civile, valorizzando la strutturale vocazione di tale istituto a fungere da meccanismo giuridico di governo ed argine all'esercizio della libertà individuale ⁽¹¹⁾. In questa prospettiva, si indagherà se il riconoscimento di tali particolari ipotesi di responsabilità civile da illecito extracontrattuale per immissioni intollerabili possa servire non tanto a garantire la riparazione di una lesione in sé difficilmente rimediabile, quanto a rafforzare la funzione di prevenzione e dissuasione della responsabilità da comportamenti individuali o attività organizzate produttive di interferenze da reputarsi oggettivamente inammissibili nelle abitudini di vita altrui. Ma soprattutto, ci si interrogherà sull'opportunità che una simile ridefinizione dell'identità funzionale della responsabilità e della connessa obbligazione risarcitoria, alla quale si potrebbero riconoscere in questi casi i tratti del rimedio satisfattivo, sia interamente affidabile all'interpretazione giurisprudenziale o necessiti invece di un intervento legislativo sistematizzante ⁽¹²⁾.

2. – Secondo l'interpretazione a lungo dominante dell'art. 844 c.c., il precetto ivi disposto sarebbe rivolto a stabilire le condizioni in presenza delle quali il titolare della proprietà di un bene immobile, soggetto al propiarsi degli effetti prodotti dalle attività svolte all'interno di un fondo

SAPONE, *Verso una nuova stagione(esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, p. 252. Valutano positivamente la progressiva dilatazione dell'ambito dei danni alla persona risarcibili ZIVIZ e CENDON (a cura di), *Il danno esistenziale – Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000. Denuncia invece la fragilità delle argomentazioni adottate in proposito PONZANELLI, *Le immissioni intollerabili e il rimedio del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2010, n. 8-9, p. 780 ss. In giurisprudenza, ritengono non meritevoli di tutela risarcitoria i disagi derivanti da insoddisfazioni concernenti gli aspetti più disparati della vita quotidiana Cass., 19 agosto 2011, n. 17427; Cass., 20 marzo 2012, n. 4394. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Rimini 25 maggio 2015, cit.

⁽¹⁰⁾ Cfr. COVUCCI, *Il danno non patrimoniale da immissioni intollerabili dopo le sez. un. 2008: alla ricerca del diritto inviolabile risarcibile*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, p. 899.

⁽¹¹⁾ Appare in proposito calzante l'opinione secondo la quale, «la principale, ma non unica, funzione della responsabilità civile è, oggi, quella organizzativa: produrre un coordinamento soddisfacente delle azioni sociali, basato non su una serie di comandi centrali, ma su una serie di decisioni decentrate dei vari agenti». Cfr. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 22.

⁽¹²⁾ Sostiene l'esclusività della funzione compensativa della responsabilità civile ed esclude che per via interpretativa si possa pervenire all'individuazione di funzioni ulteriori punitive o di deterrence BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 871 ss.

vicino, abbia il diritto di reagirvi, chiedendone la cessazione ed il risarcimento dei danni eventualmente patiti in seguito all'alterazione del valore economico dell'immobile⁽¹³⁾. Determinante sarebbe in particolare il superamento della soglia della normale tollerabilità delle immissioni provenienti dal fondo vicino; ove invece esse si collochino entro detta soglia, il proprietario del fondo immesso dovrà sopportarle, considerandole come altrettante espressioni degli inevitabili fastidi connessi alla coesistenza di più beni oggetto di destinazioni diverse in uno spazio limitato⁽¹⁴⁾. La stessa collocazione della norma nell'ambito della disciplina del diritto di proprietà avvalorerebbe l'idea che l'interesse soggettivo tutelato riguardi eminentemente la preservazione di un certo *standard* di fruibilità del bene, poco rilevando invece, ai fini della distinzione tra immissioni tollerabili e intollerabili, il loro impatto sulla persona proprietaria del fondo immesso⁽¹⁵⁾.

Nell'esegesi della norma si evidenzia che la sua introduzione nel testo del Codice Civile del 1942 sia stata motivata dalla volontà del legislatore di favorire un uso dinamico e quanto più possibile produttivo degli immobili⁽¹⁶⁾; sarebbero infatti circoscritte le ipotesi in cui ai proprietari di immobili sia effettivamente possibile contestare con successo la legittimità della specifica modalità di sfruttamento di un fondo vicino, in ragione delle propagazioni nocive che ne deriverebbero ai danni del proprio fondo, ove si tratti dell'esercizio di un'attività produttiva. Nell'ambito di questa impostazione, si è proposta una lettura dicotomica dell'art. 844 c.c.: si è ritenuto cioè che il criterio della normale tollerabilità, indicato per distinguere tra immissioni lecite e illecite, sia pienamente operativo solo rispetto ai conflitti relativi ad usi incompatibili di immobili vicini non destinati allo svolgimento di attività redditizie, mentre ben più limitata sarebbe la sua incidenza nella soluzione di controversie generate da immissioni connesse allo svolgimento di un'attività economicamente utile⁽¹⁷⁾. In questi casi si è valorizzata la portata normativa del contemperamento di interessi, rispettivamente relativi all'uso

⁽¹³⁾ Sottolinea che «oggetto immediato dell'art. 844 è dunque il godimento del fondo che subisce le immissioni, e non l'attività che le causa, se non in via riflessa», SALVI, voce *Immissioni*, cit., p. 2.

⁽¹⁴⁾ Osserva puntualmente che in relazione a quanto disposto dall'art. 844 c.c. più che di regole di esclusione «sembrerebbe preferibile parlare di *regole proprietarie*, in quanto l'eccessiva specificazione dell'espressione *regole di esclusione*, sembra privilegiare solo una delle possibilità di tutela accordate nel caso di specie e nemmeno la più caratterizzante e dominante...» FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 462.

⁽¹⁵⁾ Cfr. MATTEI, *op. cit.*, p. 317.

⁽¹⁶⁾ Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, Milano, 1979, p. 175 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, p. 530 e più diffusamente ID., *Le immissioni*, Padova, 1999, p. 181 ss.

dinamico del bene oggetto della proprietà imminente e all'uso statico del bene oggetto della proprietà immessa ⁽¹⁸⁾, sancito dall'art. 844, comma 2 c.c., affermando che, anche quando l'intensità del fenomeno contestato superi la soglia della normale tollerabilità, la sua prosecuzione possa comunque essere autorizzata, salvo il pagamento di un'indennità ⁽¹⁹⁾, in ragione del maggior rilievo da accordare alle esigenze della produzione nazionale ⁽²⁰⁾.

L'indirizzo interpretativo esposto è stato largamente maggioritario anche nelle aule giudiziarie, determinando, nella stragrande maggioranza dei casi in cui si è proceduto al confronto tra le esigenze della produzione e le ragioni della proprietà, la prevalenza delle prime sulle seconde ⁽²¹⁾. Non a caso, del resto, alla disciplina delle immissioni è stata storicamente attribuita la funzione normativa di limite ai poteri proprietari e non invece quella di strumento di tutela del diritto di proprietà ⁽²²⁾, secondo un indirizzo del tutto coerente con il superamento della rappresentazione giusnaturalistica dello stesso diritto di proprietà, del quale si è preferito nel tempo valorizzare la dimensione oggettiva, relativa e funzionale ⁽²³⁾.

Un simile indirizzo interpretativo ha ricevuto anche l'avallo della Corte Costituzionale ⁽²⁴⁾. Come è noto, il giudice delle leggi, nel dichiarare l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 844 c.c. sottoposte al suo giudizio, da un lato, ha riconosciuto la razionalità della scelta legislativa di consentire, attraverso il meccanismo del contemperamento tra le esigenze riconducibili al sistema produttivo e le ragioni della proprietà, la prosecuzione di attività economiche che, per quanto intollerabili, comportassero benefici irrinunciabili per l'intera collettività. E, dall'altro, circoscrivendo lapidariamente l'ambito di applicazione della norma codicistica ai soli conflitti «tra proprietari di fondi vicini per le influenze negative derivanti da attività svolte nei rispettivi fondi», ha affi-

⁽¹⁸⁾ Cfr. MATTEI, *op. cit.*, p. 315.

⁽¹⁹⁾ Cfr. MAUGERI, *Le immissioni*, cit., p. 183 ss., la quale peraltro smentisce che «quella indennitaria sia stata la tecnica maggiormente utilizzata (o comunque preferita) dai giudici». Cfr. ID., *ult. op. cit.*, p. 186.

⁽²⁰⁾ Cfr. SALVI, voce *Immissioni*, cit., p. 5; PARDOLESI, *Circolazione del fondo soggetto ad "immissioni industriali" e diritto all'indennizzo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 392 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. MAUGERI, *Le immissioni*, cit., p. 182.

⁽²²⁾ Cfr. MATTEI, *La proprietà*, 1, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2003, p. 301 ss.

⁽²³⁾ Cfr. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. reali* diretto da Gambaro e Morello, Milano, 2008, p. 300 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Napoli, 1984, p. 241 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. Corte cost., 23 luglio 1974, n. 247, in *Foro it.*, 1975, I, c. 18.

dato il trattamento giuridico delle contestazioni connesse a immissioni produttive di interferenze nei confronti di situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto di proprietà a strumenti normativi «di natura repressiva e preventiva» differenti dall'art. 844 c.c.

3. – Poco dopo le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale e nonostante la loro nettezza, i segnali di una diffusa insofferenza verso l'interpretazione maggioritaria dell'art. 844 c.c. si sono tuttavia moltiplicati⁽²⁵⁾. A partire dagli anni '80 del secolo scorso, sia in dottrina che in giurisprudenza ha riscosso un consenso sempre più massiccio l'idea che il trattamento normativo delle immissioni dovesse necessariamente conferire rilievo, accanto o addirittura oltre alle «ragioni della proprietà», anche alla tutela «delle esigenze di vita» della persona, dal diritto alla salute e al rigoroso contenimento dell'inquinamento ambientale, al diritto alla serenità interiore e al rispetto delle abitudini di vita⁽²⁶⁾.

Alla rivisitazione del significato normativo attribuibile alla disciplina codicistica delle immissioni ha contribuito soprattutto l'elaborazione giurisprudenziale di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c.⁽²⁷⁾, la quale, nel ribadire la compatibilità di tale disposizione con i valori fondamentali sanciti dalla Costituzione, ha riconosciuto la possibilità di ricomprendere all'interno dell'ambito operativo della norma anche la tutela degli interessi considerati alla base dei diritti fondamentali della persona⁽²⁸⁾.

La scarsa sensibilità a lungo mostrata dal legislatore al problema della lotta all'inquinamento, nonché il diffuso disinteresse materiale per il ri-

⁽²⁵⁾ Cfr. DIANA, *Le immissioni – Tipologie, azioni e tutele*, Milano, 2013, p. 46 ss.

⁽²⁶⁾ In dottrina cfr. VISINTINI, voce *Immissioni*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1980, p. 1218 ss.; ID., *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 249 ss.; SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 127 ss.; TAMPIERI, *Il danno esistenziale da immissioni acustiche nell'universo del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 1209 ss. Tra le pronunce dell'epoca rilevanti a riguardo cfr. Cass., 6 aprile 1983, n. 2396; Cass., 8 settembre 1989, n. 3675, e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Vigevano, 25 gennaio 1985, in *Corriere giur.* 1985, p. 4; App. Milano, 27 aprile 1984, cit.; Trib. Biella, 22 aprile 1989, cit.

⁽²⁷⁾ Cfr. PETRUSO, *op. cit.*, p. 553 ss.

⁽²⁸⁾ Autorevole dottrina ha sostenuto a riguardo che l'art. 844 c.c. vada interpretato alla stregua di una clausola generale, in virtù della quale il giudice, chiamato a giudicare del «conflitto tra le diverse proprietà» dovrà «ricercare...i criteri di valutazione nel contesto attuale dell'ordinamento che vede al primo posto le norme costituzionali». Cfr. VISINTINI, *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, cit., p. 253.

spetto della salubrità ambientale nell'esercizio delle più svariate attività produttive, d'altronde, hanno via via contribuito ad alimentare notevoli aspettative nei riguardi dei giudici e della loro capacità di contrastare, attraverso l'esercizio della funzione di interpretazione ed applicazione della legge loro assegnata, gli effetti spesso insopportabili dei fenomeni immissivi anche e soprattutto sulle persone, oltre che sul valore dei beni immessi.

Le aspettative non sono andate deluse: si è ritenuto l'art. 844 c.c. applicabile in via analogica sia al fine di accertare la rilevanza giuridica della lesione del diritto alla salute prodotte da immissioni, sia per disporre, nel caso di esito positivo dell'accertamento, gli interventi necessari a farne cessare la produzione o a ridurne l'incidenza entro il limite della normale tollerabilità ⁽²⁹⁾. Ai fini della determinazione della soglia della normale tollerabilità, si è riconosciuta la rilevanza degli effetti nocivi determinati dal fenomeno immissivo sulla salute della persona proprietaria del fondo immesso ⁽³⁰⁾. Alla stregua di un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata della norma, si è considerato il fattore salute «intrinseco» nella valutazione sia delle immissioni derivanti da attività produttive, come anche delle immissioni patite nell'ambito dei rapporti di vicinato ⁽³¹⁾. Infine, l'inserimento del diritto alla salute tra le situazioni giuridiche soggettive prese in considerazione dalla disciplina del fenomeno immissivo ha condotto ad escludere che, una volta accertato il superamento della soglia della normale tollerabilità, se ne possa comunque consentire la prosecuzione salvo indennizzo ⁽³²⁾.

È dunque questo il contesto nel quale ben presto ha trovato buon gioco per affermarsi l'indirizzo giurisprudenziale, divenuto poi dilagante, favorevole a riconoscere, oltre alla risarcibilità della lesione all'integrità psico-fisica del soggetto che subisce immissioni intollerabili, anche la ri-

⁽²⁹⁾ Cfr. Cass., 6 aprile 1986, n. 2396. In caso di immissioni intollerabili lesive del diritto alla salute, considera indifferentemente azionabili il rimedio inibitorio ex art. 844 c.c. o il rimedio risarcitorio ex art. 2043 c.c. Trib. Biella, 22 aprile 1989 in *Foro it.*, 1990, I, c. 3303; *contra*, App. Milano, 17 luglio 1992, *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 717.

⁽³⁰⁾ Cfr. Cass., 9 agosto 1989, n. 3675; Cass., 3 febbraio 1999, n. 915; Cfr. Cass., 7 febbraio 1997, n. 1187.

⁽³¹⁾ Cfr. Cass., 11 aprile 2006, n. 8420, in *Giust. civ.*, 2007, con nota di COSTANZA, *Evoluzioni e involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni*, p. 465 ss.

⁽³²⁾ Cfr. Cass., 25 agosto 2005, n. 17281; Cass., 13 marzo 2007, n. 5844; Cass., 7 aprile 2014, n. 8094, con nota di FERRERO, *Normale tollerabilità e bilanciamento di interessi in tema di immissioni*, in *Giur. it.*, 2015, p. 306 ss. D'obbligo in proposito il rinvio a VISINTINI, *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, cit., p. 265. La tesi dell'opportunità di una lettura unitaria dell'art. 844 c.c. è stata sostenuta anche da PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.*, p. 261.

sarcibilità del danno c.d. esistenziale, ovvero dell'interferenza alle abitudini a alla tranquillità della vita personale e familiare ⁽³³⁾.

4. – È indubbio che alla rappresentazione dell'art. 844 c.c. quale strumento di tutela del valore della persona, oltre o addirittura per il tramite degli interessi più tipicamente dominicali espressi dal titolare del bene immesso ⁽³⁴⁾, abbia concorso non poco il riferimento giurisprudenziale alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (CEDU), a sua volta legittimato dal rango primario loro riconosciuto tra le fonti del diritto interno ⁽³⁵⁾. L'art. 17 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'UE, in particolare, annovera il diritto di proprietà tra le libertà fondamentali, accentuando così l'ampiezza dei poteri e delle facoltà riconosciuti al singolo proprietario e contestualmente ridimensionando, rispetto al dettato costituzionale, gli spazi di intervento concessi al legislatore per coniugare, ove necessario, l'esercizio del diritto di proprietà con il perseguimento dell'utilità sociale ⁽³⁶⁾. D'altra parte, malgrado la mancata menzione dello stesso diritto tra quelli sanciti dalla CEDU, il primo Protocollo addizionale, di

⁽³³⁾ Nel concetto di danno esistenziale rientrerebbe ogni ostacolo alla dimensione *attivo-relazionale* del valore uomo. In questo senso, cfr. SAPONE, *op. cit.*, p. 596.

⁽³⁴⁾ Secondo autorevole dottrina, «Il godimento implica, in fatto, il rapporto della persona con la cosa e perciò vi è nel godimento un ineliminabile momento soggettivo, come tale rilevante per il diritto, rappresentato dalle condizioni personali dell'autore dell'attività». Cfr. SCALISI, *cit.*, p. 152. Per una valutazione delle «ragioni della proprietà» coerente a tale indirizzo interpretativo, cfr. Cass., 15 ottobre 1998, n. 10186; Trib. Perugia, 7 febbraio 1998, in *Rass. giur. Umbra*, 1999, p. 373.

⁽³⁵⁾ Sul tema, cfr. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 115 ss.; SALVI, *La proprietà privata e l'Europa, diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 409 ss. In virtù del particolare rilievo che l'art. 117 Cost. attribuisce all'ordinamento comunitario e agli obblighi internazionali, il giudice nazionale è chiamato ad una costante attività di coordinamento tra i contenuti precettivi del diritto interno e quelli disposti dal diritto europeo. Doveroso a riguardo il rinvio a Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, ove, in relazione alla diffusa prassi dell'occupazione acquisitiva di immobili privati da parte della pubblica amministrazione in vista della realizzazione di opere pubbliche, si è dichiarata l'illegittimità costituzionale del criterio legale di calcolo dell'indennità da esproprio e, per quanto qui interessa, si è affermata soprattutto la necessità che, in caso di apparente contrasto tra norme di diritto interno e norme di diritto sovranazionale, nella specie sancite dalla CEDU, il giudice ordinario attribuisca alle norme di diritto interno un significato conforme alle disposizioni internazionali, sempre che ciò sia consentito dalla formulazione del testo della norma di diritto interno, dovendosi altrimenti sottoporre al giudizio di legittimità costituzionale la disposizione del diritto sovranazionale. Sul tema del complesso rapporto tra fonti di diritto interno e fonti di diritto sovranazionale, si rinvia nuovamente a GAMBARO, *op. cit.*, p. 118 ss.

⁽³⁶⁾ Sottolinea il divario esistente tra il significato normativo attribuito alla sanzione del

soli due anni successivo all'approvazione della Convenzione, si apre con l'espresso riconoscimento della protezione della proprietà privata. La successiva elaborazione dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali UE è stata palesemente ispirata dai contenuti di quella previsione ⁽³⁷⁾, presentando una formulazione forse ancora più rigorosa, proprio in relazione all'eventualità che siano statuite limitazioni dei poteri proprietari in funzione di un pubblico interesse ⁽³⁸⁾.

A ciò si aggiunge che, sia la Convenzione che la Carta, rispettivamente agli artt. 8 e 7, sanciscono il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare e del proprio domicilio ⁽³⁹⁾. La giurisprudenza interna ha ormai da tempo dedotto proprio da tali disposizioni l'ulteriore conferma della necessità di sanzionare immissioni nocive provenienti da fondi vicini, anche nel caso in cui esse determinino l'indebita compressione del diritto all'integrità delle proprie abitudini di vita ovvero la lesione di interessi e valori connessi al libero sviluppo della personalità umana ⁽⁴⁰⁾. Il riferimento al diritto di derivazione europea, in altri termini, non solo ha avvalorato un'interpretazione in chiave spiccatamente soggettiva del diritto

diritto di proprietà rispettivamente dalla Costituzione italiana e dalla Carta di Nizza, SALVI, *La proprietà privata e l'Europa, Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., p. 425.

⁽³⁷⁾ L'art. 1 del I Protocollo addizionale alla CEDU attribuisce in modo inequivocabile alla protezione del diritto di proprietà lo statuto di un diritto fondamentale della persona umana. Cfr. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, cit., p. 121.

⁽³⁸⁾ A riguardo ritiene sussista un conflitto insanabile nella configurazione del diritto di proprietà rispettivamente da parte del diritto interno e del diritto europeo, tanto da considerare inevitabile un processo di depotenziamento dell'art. 42, comma 2, Cost., COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 206.

⁽³⁹⁾ Proprio il rinvio all'art. 8 della Convenzione è il presupposto di diverse sentenze della Corte di Strasburgo in cui è riconosciuta la violazione del diritto fondamentale al benessere della persona nel godimento della propria abitazione per immissioni determinate da inquinamento ambientale. Cfr. Corte eur. dir. uomo, 9 dicembre 1994, n. 16798/90, Lopez Ostra c. Spagna, in *Riv. giur. amb.*, 1996, p. 745, con nota di ARCARI; Corte eur. dir. uomo, 16 novembre 2004, ric. n.4143/02, Moreno Gomez c. Spagna; Corte eur. dir. uomo, 9 novembre 2010, ric. n. 2345/06, Dées c. Ungheria; Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2010, ric. n. 61260/08, Oluic c. Croazia. A riguardo cfr. PICCINI, *Immissioni e tutela della persona. Contaminazioni personalistiche dell'art. 844 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, p. 28 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass., 16 ottobre 2015, n. 20927; Cass., sez. un. 01 febbraio 2017, n. 2611. Rileva che «l'appiglio argomentativo fornito dall'art. 8 CEDU ha, dunque, l'effetto di espandere l'ambito oggettivo del diritto inviolabile all'abitazione fino a ricomprendervi lesioni che erano lasciate prive di tutela risarcitoria dalla giurisprudenza precedente», DINISI, *Immissioni intollerabili e danno non patrimoniale da lesione del diritto al godimento dell'abitazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 834. Sul punto si rinvia anche a FILIPPI, *Il danno non patrimoniale derivante dal pregiudizio alla casa di abitazione*, in *La resp. civ.*, 2010, p. 449 ss.

di proprietà ⁽⁴¹⁾, ma, sulla scorta degli art. 7 e 8 rispettivamente della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE e della CEDU, ha anche consentito di ricondurre al concetto di salute la nozione decisamente più generica di benessere nel godimento dell'abitazione, così permettendo la dilatazione dello spettro degli interessi da preservare contro immissioni intollerabili, da quelli direttamente connessi al fondo immesso a quelli più genericamente attinenti alla salubrità dell'ambiente nel quale la persona trova la sede principale del proprio sviluppo e della propria realizzazione ⁽⁴²⁾.

Non va sottovalutato, tuttavia, che l'art. 8 CEDU non esclude l'adozione di misure legali limitative del diritto al rispetto della vita privata e familiare funzionali, tra l'altro, al benessere economico del paese e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui ⁽⁴³⁾. Così come non è trascurabile che sia l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, sia l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE riconoscono l'eventualità che il diritto di proprietà subisca limitazioni al fine di garantire la pubblica utilità ovvero un utilizzo del bene oggetto del diritto conforme all'interesse generale, lasciando al legislatore nazionale piena libertà sia nella definizione delle nozioni di pubblica utilità o di interesse generale, sia nell'individuazione delle tecniche più adeguate a conseguire l'obiettivo di volta in volta perseguito ⁽⁴⁴⁾. In questa prospettiva, le ragioni proprietarie, ove coniugate con l'interesse diffuso alla tutela del diritto alla salute e ad un ambiente salubre, possono bensì essere oggetto di rivalutazione. E tuttavia, nulla impedisce che, soprattutto quando il giudice debba procedere, ai sensi dell'art. 844, comma 2, c.c., al contemperamento tra gli interessi connessi

⁽⁴¹⁾ Cfr. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, in *Danno e resp.*, n. 3/2006, p. 237 ss.

⁽⁴²⁾ Il diritto alla salute non è più riguardato solo sotto il profilo dell'incolumità fisica della persona ma è anche rappresentato più ampiamente come diritto ad un ambiente salubre già in Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 859; App. Torino, 4 novembre 1991, in *Nuova giur. civ.*, 1992, I, p. 844; Trib. Alessandria, 7 maggio 1992, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 344. Riconosce un diritto costituzionalmente garantito al riposo notturno la cui lesione non integrerebbe «un vero e proprio danno alla salute», Cass., 19 dicembre 2014, n. 26899.

⁽⁴³⁾ Cfr. PICCINNI, *op. cit.*, p. 29.

⁽⁴⁴⁾ Del resto l'art. 345 del TFUE dispone che «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati dei paesi membri». Si è correttamente osservato in proposito che un'attenta analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo rivelerebbe più la preoccupazione di richiamare gli Stati al rispetto del principio di legalità, che non la volontà di precisare la natura del diritto di proprietà, «lasciando così pressoché indefinito l'impatto della nozione europea del diritto di proprietà sui rimedi accessibili nell'ordinamento interno». Cfr. COVUCCI, *op. cit.*, p. 902. Di tenore analogo le considerazioni di DINISI, *op. cit.*, p. 831.

alla proprietà immessa e quelli, più squisitamente economici, connessi alla proprietà dalla quale le immissioni contestate originano, le ragioni cui riconoscere tutela prioritaria siano individuate di volta in volta, considerando, secondo un metodo di valutazione in teoria già praticato in passato, la totalità degli interessi coinvolti dal fenomeno immissivo, la specifica configurazione di quest'ultimo, nonché la rilevanza degli interessi che si pretendono lesi e la gravità della loro compromissione in rapporto alla gravità degli effetti che il divieto di immissione potrebbe sortire sugli interessi contrapposti. Giova d'altra parte ammonire che, proprio nell'ambito di una simile valutazione, spingersi ad annoverare l'interesse soggettivo ad un ambiente idoneo a garantire serenità e rispetto delle abitudini di vita tra quelli caratterizzanti la titolarità del diritto di proprietà su un immobile non sia affatto operazione scevra da controindicazioni di una certa entità. Opinioni favorevoli ad un simile accostamento, come già segnalato ⁽⁴⁵⁾, non sono mancate e però non pare che il legame di strumentalità che indubbiamente corre tra la garanzia del pieno godimento del bene materiale di cui si ha la titolarità, da un lato, e il valore del benessere e della serenità personale, dall'altro, basti a legittimare la commistione tra i meccanismi di tutela dell'integrità dell'ambiente in cui si esprimono le relazioni affettive e sociali primarie della persona umana e quelli tipicamente reali che l'ordinamento predispone a favore del diritto di proprietà ⁽⁴⁶⁾. In primo luogo, perché non sempre i soggetti maggiormente esposti all'immissione nociva vantano sul bene immesso un diritto di proprietà ⁽⁴⁷⁾. In secondo luogo, perché la rappresentazione in chiave soggettiva e personalistica, più che oggettiva e materiale, degli interessi connessi alla titolarità del diritto di proprietà potrebbe avere inammissibili effetti paralizzanti nei confronti di qualsiasi attività umana che, anche se socialmente utile, sia idonea a generare interferenze nel libero e pieno godimento soggettivo di un bene altrui ⁽⁴⁸⁾. E in terzo luogo perché, alla luce di

⁽⁴⁵⁾ *Infra*, nt. n. 34.

⁽⁴⁶⁾ Pure chi in dottrina ha autorevolmente sostenuto la praticabilità di tale commistione, non ha mancato di sottolineare quanto sia riduttivo ammettere quali criteri di valutazione dell'intollerabilità delle immissioni la salute dell'uomo e le sue esigenze essenziali «solo nella misura in cui l'una e le altre si presentino collegate al diritto di proprietà e la loro lesione si traduca in una corrispondente lesione di tale diritto». SCALISI, *op. cit.*, p. 153.

⁽⁴⁷⁾ Si rinvia nuovamente a SCALISI, *op. cit.*, p. 153. Sul punto si veda anche GABRIELLI, *Sulla legittimazione a domandare la cessazione di immissioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 627 ss.

⁽⁴⁸⁾ Soffermandosi sulla rappresentazione del diritto di proprietà quale diritto inviolabile della persona, e considerato anche il significato estensivo attribuito dalla Corte di Strasburgo al contenuto del diritto dominicale, denuncia il rischio di finire per «apporre l'etichetta dell'invulnerabilità a tutto il patrimonio dell'individuo e, conseguentemente, di

una simile rappresentazione degli interessi proprietari, le difficoltà relative alla demarcazione tra legittima limitazione dei poteri del proprietario del fondo immittente e loro indebita compromissione sarebbero destinate inevitabilmente ad aumentare, in considerazione del fatto che di norma portatori di interessi proprietari sono sia il soggetto che subisce il fenomeno immissivo che il soggetto autore dell'immissione contestata ⁽⁴⁹⁾.

Certamente dunque il trattamento giuridico di conflitti relativi ad usi incompatibili e tra loro interferenti di beni non può più prescindere dalla considerazione di interessi soggettivi direttamente attinenti al valore della persona, tra i quali in primo luogo quello all'integrità psico-fisica. Del pari, tuttavia, ove si lamenti la compromissione di tali interessi in seguito all'esposizione ad un fenomeno immissivo, la tutela da apprestare non pare debba far leva sull'inverosimile dilatazione dei contenuti del diritto di proprietà, ma vada piuttosto disposta valutando, con maggiore attenzione che in passato, i limiti entro i quali l'art. 844 c.c. si presti a tutelare, anche e oltre l'integrità del valore economico attribuibile alla godibilità del bene, l'integrità di valori più strettamente soggettivi e patrimonialmente non apprezzabili ⁽⁵⁰⁾.

Ciò precisato, un esercizio utile al fine di stabilire quali interessi ritenere di volta in volta prevalenti nel trattamento giuridico del fenomeno immissivo potrebbe consistere nel considerare separatamente le diverse prospettive dalle quali, secondo la formulazione dell'art. 844 c.c., il fenomeno immissivo deve essere osservato e disciplinato. Si tratta in primo

configurare un danno *ex art. 2059 c.c.* per la lesione di un qualsiasi interesse patrimoniale», DINISI, *op. cit.*, p. 830. Non a caso, d'altronde, la Cassazione ha ripetutamente escluso dal novero dei diritti fondamentali, la cui lesione possa configurarsi *ex art. 2059 c.c.* come danno non patrimoniale risarcibile, la generalità dei diritti connotati da rilevanza economica e quindi anche il diritto di proprietà. Cfr. Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit. Esclude decisamente che il diritto di proprietà possa essere qualificato come diritto inviolabile della persona, anche NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in *Il danno non patrimoniale – Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, a cura di Navarretta, Milano, 2010, p. 28.

⁽⁴⁹⁾ Non deve tuttavia ritenersi esclusa la legittimazione passiva di soggetti autori di attività generatrici di immissioni che non siano titolari della proprietà del fondo da cui esse provengono. Cfr. ACERBIS, *Immissioni intollerabili, circolazione del fondo e lesione del diritto di proprietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 6, 2, p. 1379; Ritiene che la legittimazione passiva vada riconosciuta anche a soggetti produttori di immissioni la cui fonte non sia un'attività di sfruttamento del suolo, MATTEI, voce *Immissioni*, cit., p. 325.

⁽⁵⁰⁾ Procedendo nella direzione indicata, potrebbe ad esempio essere utile soffermarsi sull'ipotesi della applicabilità analogica dell'art. 844 c.c. ai casi di immissioni nocive per la salute. Cfr. Cass., 6 aprile 1983, n. 2396, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 760. Si esprime invece a favore di una applicazione diretta dell'art. 844 c.c. per la tutela sia degli interessi proprietari, sia di quelli non patrimoniali della persona, ritenendo non chiari i termini di un'interpretazione analogica, PICCINI, *op. cit.*, p. 22.

luogo dell'individuazione dei criteri da osservare per stabilire la soglia di normale tollerabilità di un'immissione; e, in secondo luogo, del modo in cui operare il contemperamento tra esigenze della produzione e ragioni della proprietà, anche alla luce delle conseguenze sul bene salute prodotte dalle immissioni. Non meno importante è poi la questione relativa alla definizione di indici oggettivi di rilevabilità giuridica del benessere psico-fisico, essenziale al fine di evitare che la reazione giuridica all'interferenza eventualmente contestata sia rappresentata da un'aberrante prevalenza dell'interesse particolare sull'interesse generale.

5. – Non pare invero condivisibile l'opinione secondo la quale, nella determinazione giudiziale della soglia di normale tollerabilità delle immissioni oggetto di contestazione si debba prestare attenzione solo alle «condizioni dei luoghi» ⁽⁵¹⁾, ovvero al tasso di esposizione ad interferenze analoghe a quelle lamentate tipico del contesto ambientale nel quale è inserito il fondo immesso, nonché alla diminuzione del valore economico del fondo immesso che sia accertabile come conseguenza immediata e diretta delle immissioni. È inevitabile infatti che spesso l'uno e l'altro dato non possano essere correttamente verificati se non facendo riferimento anche al grado di compromissione della salute cui sono esposte le persone che vivono nel contesto ambientale considerato ⁽⁵²⁾. Piuttosto, giova ribadire che la verifica dell'incidenza sul bene salute delle diverse tipologie di interferenze prodotte dalle attività svolte su immobili vicini debba necessariamente essere condotta in relazione a valori oggettivi ⁽⁵³⁾, non sempre corrispondenti al livello di salubrità ambientale cui ciascuna delle persone interessate dal fenomeno immissivo specificamente considerato potrebbe aspirare. La circostanza che il mancato superamento dei livelli massimi di alterazione ambientale fissati dalla legge in relazione ad alcuni agenti inquinanti non pregiudichi, secondo un orientamento interpretativo ormai consolidato in giurisprudenza ⁽⁵⁴⁾, l'accertamento dell'intollerabilità

⁽⁵¹⁾ Cfr. MAZZOLA, *Immissioni e risarcimento del danno*, Torino, 2009, p. 360. A riguardo, si veda anche SCALISI, *op. cit.*, p. 152.

⁽⁵²⁾ Cfr. Trib. Monza, 26 marzo 1982, *Giur. it.*, 1983, 2, c. 399.

⁽⁵³⁾ È indicativo a riguardo che, con riferimento alle immissioni di rumore, si sia ritenuto accertabile la soglia della normale tollerabilità parametrando l'intensità dell'immissione al «rumore di fondo» che comunque caratterizza l'ambiente nel quale il fondo immesso è situato. Cfr. MAUGERI, *Le immissioni*, cit., p. 121 ss. La particolare sensibilità soggettiva al tipo di interferenza lamentata è stata ugualmente considerata irrilevante, ai fini della determinazione della normale tollerabilità, da FRACARIO, *op. cit.*, p. 465.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass., 02 febbraio 1999, n. 5398; Cass., 31 gennaio 2006, n. 2166; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23283; Cass., 16 ottobre 2015, n. 20927.

di una particolare ipotesi di immissione non smentisce tale dato, considerata la palese differenza tra gli interessi privati che il divieto di immissioni tende a tutelare e il carattere eminentemente pubblico degli interessi perseguiti dalla normativa anti-inquinamento⁽⁵⁵⁾. Diversamente, del resto, si finirebbe per confondere il bene salute con l'esigenza del singolo di preservare un insondabile livello di benessere psicofisico, rischiando per questa via di far prevalere, sulla tutela di interessi pubblici e privati dotati di oggettiva apprezzabilità, la soddisfazione di interessi soggettivi tanto particolaristici quanto incerti.

Posto dunque che l'incidenza del fenomeno immissivo sull'integrità psicofisica delle persone che vi sono esposte concorre, almeno indirettamente, a determinare la soglia della normale tollerabilità⁽⁵⁶⁾, il rilievo oggi riconosciuto al diritto fondamentale alla salute dalla Costituzione repubblicana e dalle fonti normative sovranazionali di rango primario non solo impone di riservare particolare attenzione alla sua garanzia nella fase di formulazione del giudizio sulla liceità dell'immissione contestata, ma conferma altresì la legittimità dell'opinione secondo la quale il ricorso al contenimento *ex art. 844, comma 2, c.c.* sarebbe ammissibile limitatamente alle ipotesi in cui l'adozione di specifiche misure di contenimento dell'immissione consenta di evitare un giudizio di intollerabilità⁽⁵⁷⁾. Il raggiungimento di un elevato grado di solidità del sistema produttivo nazionale e, per altro verso, la crescente attenzione della ricerca scientifica e tecnologica nella definizione di sistemi di produzione industriale quanto più possibile rispettosi della tutela delle risorse ambientali, infatti, rendono sempre meno attendibile la lettura «dicotomica» dell'art. 844 c.c., in virtù della quale la prosecuzione delle attività generatrici di immissioni intollerabili sia da autorizzare, salvo indennizzo, tutte le volte in cui le connesse esigenze di stabilità o di espansione del sistema produttivo nazionale si debbano ritenere prevalenti rispetto alle ragioni del singolo proprietario. Ancora una volta, tuttavia, va ribadita la necessità di procedere alla tutela del diritto fondamentale alla salute sulla scorta di criteri quanto più possibile oggettivi e impermeabili a pretese particolaristiche. Della loro definizione dovrà necessariamente farsi carico il giudice, sia quando gli indici

⁽⁵⁵⁾ Cfr. FRANCARIO, *op. cit.*, p. 469.

⁽⁵⁶⁾ Nello stesso senso, cfr. VISINTINI, *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, cit., p. 264.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. VISINTINI, *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, cit., p. 265. In giurisprudenza, Cass., 7 aprile 2014, n. 8094.

legali relativi ad alcune soglie massime di inquinamento consentito non risultino pertinenti al caso in specie, sia quando, seppure pertinenti, quegli indici non siano stati superati e tuttavia la tollerabilità del fenomeno immissivo vada comunque accertata con specifico riferimento al grado di compromissione dei diritti soggettivi della persona immessa ⁽⁵⁸⁾.

Tale ultimo richiamo consente di distinguere in modo ancora più netto il rilievo giuridico da riconoscere, nell'ambito della disciplina delle immissioni, rispettivamente alla lesione del diritto alla salute e alla compromissione di profili c.d. essenziali della persona. Si tratta in quest'ultimo caso

⁽⁵⁸⁾ Estremamente complessa e per questa ragione solo accennabile in questa sede è poi la questione della competenza del giudice ordinario a valutare in sede civile, oltre che naturalmente in sede penale, l'eventuale lesione del diritto alla salute generata da attività produttive realizzate nell'ambito di stabilimenti sottoposti a provvedimenti giudiziari di sequestro, di cui tuttavia la legge autorizzi a determinate condizioni la perdurante attività in ragione della loro importanza strategica per l'economia nazionale. Sul punto e con specifico riferimento agli effetti della pronuncia di legittimità costituzionale delle norme disposte dal d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, poi convertito, con modificazioni, in l. 24 dicembre 2012, n. 231 – cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85 – in virtù delle quali al Ministero per la tutela dell'ambiente e del territorio e del mare è riconosciuto il potere di autorizzare, in sede di riesame dell'atto di autorizzazione integrata ambientale e per un massimo di 36 mesi, la prosecuzione di un'attività d'impresa di interesse strategico per l'economia nazionale, malgrado i relativi stabilimenti siano sottoposti a sequestro giudiziale, si rinvia a SALANITRO, *Il decreto Iva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 1041 ss. Alcune preziose indicazioni a riguardo sono altresì ricavabili dalla recente sentenza della Corte Costituzionale 23 marzo 2018, n. 58, la quale ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 d. l. 4 luglio 2015, n. 92 e degli artt. 1, comma 2 e 21 *octies* della l. 6 agosto 2015, n.132. La prima delle disposizioni richiamate subordinava la prosecuzione senza soluzione di continuità dell'attività d'impresa, all'interno di stabilimenti di interesse strategico nazionale sottoposti a sequestro dall'autorità giudiziaria per ipotesi di reato relative alla sicurezza dei lavoratori, unicamente alla predisposizione da parte dell'impresa stessa, entro trenta giorni dal sequestro, di un "piano recante misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio, per la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro riferite all'impianto oggetto del provvedimento di sequestro". La Corte ha ritenuto che, a differenza di quanto in precedenza rilevato – Corte cost. n. 85/2013 – a proposito dell'art. 1, comma 4, d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, poi convertito, con modificazioni, in l. 24 dicembre 2012, n. 231, quanto disposto dall'art. 3 del d.l. n. 92/2015 non avrebbe rispettato «l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti» non avendo in particolare tenuto in adeguato conto la tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, «a fronte di situazioni che espongono questi ultimi al rischio della stessa vita». Le censure di maggior rilievo riguardano la genericità della normativa impugnata sui contenuti del piano e la previsione di una sua sostanziale insindacabilità. Gli artt. 1, comma 2 e 21 *octies* della l. 6 agosto 2015, n.132 sono stati a loro volta dichiarati costituzionalmente illegittimi poiché, malgrado l'apparente abrogazione dell'art. 1, comma 4, d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, disposta dall'art. 1, comma 2, l. 6 agosto 2015, n. 132, l'art. 21 *octies* della stessa legge riproduceva integralmente il contenuto della norma abrogata, garantendo così la totale continuità e la persistente attualità di una disposizione nel merito incompatibile con il nostro ordinamento costituzionale.

di lesioni di natura non patrimoniale di cui è estremamente arduo reperire una traccia tangibile, sebbene sempre più di frequente esse costituiscano la ragione della richiesta giudiziale di tutela contro le immissioni cui si lamenta di essere esposti. L'impossibilità di verificare e misurare in termini oggettivi la ricorrenza dell'interferenza sembra impedire che la stessa possa incidere, al pari di quanto sostenuto a proposito della compromissione del diritto alla salute, nella valutazione della intollerabilità delle immissioni. Dopo l'accertamento del superamento di tale soglia, viceversa, non può escludersi che alla denuncia della compromissione delle condizioni ambientali idonee al pieno sviluppo della personalità segua l'attivazione di una tutela di tipo risarcitorio.

Del resto, anche l'indirizzo giurisprudenziale dalla considerazione del quale queste note traggono spunto, muove nella stessa direzione ⁽⁵⁹⁾.

L'interesse alla salvaguardia delle condizioni esistenziali soggettive di chi subisca il fenomeno immissivo, dunque, non sembra rientri tra quelli direttamente presi in considerazione dall'art. 844 c.c. L'estrema generosità con la quale i giudici riconoscono la risarcibilità della tipologia di danni alla persona di cui si tratta, tuttavia, impone, a questo punto dell'indagine, di volgere lo sguardo ad un diverso fronte problematico, quello cioè delle intense sollecitazioni cui siffatta "prodigalità" giurisprudenziale sottopone il differente ambito normativo della responsabilità civile.

6. – I maggiori scossoni all'identità funzionale ed alla conseguente coerenza applicativa delle norme sulla responsabilità civile sembrano provenire non più solo dal rinnovato favore giurisprudenziale nei riguardi di una voce di danno non patrimoniale cui pure le Sezioni Unite della Cassazione avevano qualche anno addietro negato autonoma dignità giuridica ⁽⁶⁰⁾, ma da una serie ulteriore di dati che, con specifico riferimento al trattamento giuridico da riservare al fenomeno immissivo, con quel favore si intrecciano, dando vita a fattispecie di responsabilità civile difficilmente

⁽⁵⁹⁾ In alcune pronunce, per altro, si tende a ricondurre la lesione personale ad una nozione particolarmente dilatata di salute quale benessere psicofisico, compromesso da «stress», «esasperazione», «tensione psicologica», senza che però sia dimostrabile la ricorrenza di una qualche patologia. Cfr. Trib. Milano, 10 dicembre 1992; App. Milano, 17 novembre 1992, in *Nuova giur. civ.*, 1993, p. 786 ss. con nota di DE GIORGI.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit. Tuttavia, per l'adozione da parte della stessa giurisprudenza di legittimità di un indirizzo difforme, cfr. Cass., 03 ottobre 2013, n. 22585, in *Danno e resp.* 2014, con nota di MONATERI, p. 55 ss.; Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Danno e resp.* 2014, con nota di PONZANELLI, FOFFA, PARDOLESI e SIMONE, p. 363 ss. e Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 838 ss.

assimilabili a quelle che l'attuale assetto normativo tipicamente propone. Un primo dato è rappresentato dall'aggiramento della necessità di provare l'effettiva ricorrenza della lesione mediante la frequente asserzione della coincidenza tra il superamento della soglia della normale tollerabilità dell'immissione e la produzione dell'evento dannoso ⁽⁶¹⁾; un secondo dato consiste nella sostanziale inoperatività dei tradizionali criteri soggettivi di imputazione della responsabilità ⁽⁶²⁾; e un terzo dato attiene infine all'oggettiva incertezza, celata dietro lo schermo del ricorso al giudizio equitativo *ex art. 1226 c.c.*, dei criteri in base ai quali il giudice di volta in volta liquida l'obbligazione risarcitoria ⁽⁶³⁾. Sicché, volendo rendere in termini

⁽⁶¹⁾ Quanti adottano una simile tecnica argomentativa, dunque, non solo prediligono una rappresentazione del danno risarcibile quale semplice evento interferente nella titolarità di diritti fondamentali della persona – c.d. danno evento, cfr. Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184 – indipendentemente dall'idoneità della stessa interferenza a produrre perdite, più o meno misurabili, in capo al soggetto che l'abbia subita, ma ritengono anche che il danno sussista in ragione del semplice accertamento dell'intollerabilità delle immissioni.

⁽⁶²⁾ Non smentiscono la rigidità del criterio di accertamento della responsabilità in capo all'autore delle immissioni quanti, negando la ricorrenza di un'ipotesi di responsabilità oggettiva, precisano che comunque costui «risponde secondo i criteri generali: si applicherà dunque l'art. 2050 o l'art. 2051, se ricorrono gli elementi previsti da queste norme» SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 223. Altri sostengono invece che «la responsabilità da immissioni prescinde del tutto dalla valutazione soggettiva e tradizionale della colpa, là dove questa si identifica nell'obbiettiva violazione dello specifico dovere di comportamento costituito dalla normale tollerabilità». Cfr. PROCIDA MIRABELLA DI LAURO, *op. cit.*, p. 319. Sostiene che l'accertamento di immissioni intollerabili possa fondare un'ipotesi di responsabilità oggettiva VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, cit., p. 690. In giurisprudenza, sostiene la tesi della responsabilità oggettiva Cass., 17 settembre 1963, n. 2560, riportata in MACCARONE, *Le immissioni – Tutela reale e tutela della persona. Danno esistenziale*, Milano, 2002, p. 487. Sottolinea invece la ricorrenza di un'inversione dell'onere della prova, Cass., sez. un. 16 luglio 1983, n. 4889. Sul punto si veda anche Cass., 31 ottobre 2014, n. 23283. Per interessanti approfondimenti sulla risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di responsabilità oggettiva, cfr. AFFERNI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 864 ss.

⁽⁶³⁾ A proposito del danno non patrimoniale, ha evidenziato la «sua ontologica inidoneità a prestarsi ad una valutazione che sia ancorata a parametri oggettivi e la mancanza di indici obiettivi atti a segnalare, in molte occasioni, la esistenza stessa del pregiudizio», BONILINI, *Il danno morale*, Milano, 1983, p. 374. Valutazioni decisamente critiche nei riguardi dell'assoluta imprevedibilità che caratterizza il giudizio equitativo, ove esso sia affidato al singolo giudice piuttosto che ad un sistema di «equità collettiva» quale quello rappresentato dalle tabelle giudiziali sono espresse da PONZANELLI, *La sentenza «Scarano» sul danno da perdita di vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 393 ss.; ID., *Il controllo della Cassazione sul quantum del risarcimento*, in *Danno e resp.*, 2014, 31 ss. Sottolineando l'assenza di un criterio oggettivo di quantificazione del valore della lesione, quale quello che nel caso del danno biologico è rappresentato dalla traduzione degli effetti negativi della patologia in percentuali di invalidità, considera il rinvio ai precedenti giurisprudenziali e il rispetto di un onere di trasparenza giudiziale circa i criteri adottati per il computo dell'obbligazione risarcitoria quali garanzie indispensabili contro il

plastici i contorni dell'ipotesi di responsabilità che spesso sembra delinear-si in seguito all'accertamento di un'immissione intollerabile, potrebbe dirsi di un illecito in cui l'ingiustizia del danno sia tanto incerta dal punto di vista teorico quanto indimostrata dal punto di vista fattuale, il criterio di imputazione della responsabilità esuli dall'indagine dello stato soggettivo del presunto autore del danno e in cui infine la misura dell'obbligazione risarcitoria risulti ampiamente imprevedibile.

Per imprescindibili esigenze di sintesi, come già anticipato, si dedicherà l'ultima parte dell'indagine che qui si propone solo ad alcuni dei profili problematici appena evidenziati. Segnatamente, si ragionerà della compatibilità dell'obbligazione risarcitoria eventualmente disposta a carico del soggetto immittente con l'identità funzionale tipicamente assegnata all'istituto della responsabilità civile ⁽⁶⁴⁾, così come dell'ammissibilità di una diversificazione funzionale che valorizzi l'idoneità dello stesso istituto al perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quella compensativa.

7. – Non pare invero che l'offensiva dottrinale e giurisprudenziale operata a partire dagli anni '70 del secolo scorso a favore di una radicale rivisitazione della disciplina delle immissioni mirasse proprio ad incrementare il ricorso al rimedio risarcitorio, al fine di contrastare le lesioni dell'integrità psicofisica e più in generale delle abitudini di vita delle persone esposte ad immissioni intollerabili ⁽⁶⁵⁾. Si contestava piuttosto l'incondizionata promozione dell'uso produttivo dei fondi che l'interpretazione corrente dell'art. 844 c.c. favoriva, anche a scapito della salute umana, pretendendo, con particolare riferimento ai rimedi azionabili, l'applicazione dell'inibitoria per proteggere, oltre che l'integrità degli interessi proprietari ascrivibili al titolare del fondo immesso, anche e soprattutto il persistente benessere di chiunque avesse titolo per godere di quello stesso fondo. L'obiettivo era quello di consentire che valori strettamente attinenti alla persona potessero essere considerati nella valutazione della tollerabilità

puro arbitrio del singolo giudice NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, in *Il danno non patrimoniale*, a cura di Navarretta, cit., p. 86 ss.

⁽⁶⁴⁾ Osservando la strutturale inadeguatezza dell'obbligazione risarcitoria a realizzare l'effettiva compensazione di un danno non patrimoniale, esorta ancora a riflettere sulla questione del *quantum* risarcitorio per «vincere gradualmente quella lotteria liquidativa che, nell'ombra, mette costantemente in scacco l'intera costruzione del danno non patrimoniale e lo stesso obiettivo della tutela della persona» NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in *Il danno non patrimoniale*, a cura di Navarretta, cit., p. 7 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. MASTROPAOLO, *Tutela della salute, risarcimento del «danno biologico» e difesa dalle immissioni*, in *Giur. it.*, 1984, c. 556.

delle immissioni e potessero poi essere protetti, se del caso, attraverso i meccanismi di tutela tradizionalmente riservati alla difesa degli interessi proprietari ⁽⁶⁶⁾, ovvero secondo modalità ritenute più efficaci della semplice tutela personale di natura risarcitoria.

Ebbene, si è visto come le barriere erette a difesa dell'ispirazione esclusivamente dominicale dell'art. 844 c.c. siano state sostanzialmente abbattute; eppure, malgrado il diffuso ricorso all'inibizione parziale o totale di immissioni giudicate intollerabili, anche e soprattutto in relazione alla garanzia dell'integrità di valori considerati fondanti la personalità umana, il bisogno di surrogazione monetaria del disagio subito, quand'anche esso assuma le impalpabili sembianze di un sacrificio esistenziale solo soggettivamente apprezzabile, è divenuto irrefrenabile, sollecitando il pervasivo riconoscimento in sede giudiziale della tutela di tipo risarcitorio ⁽⁶⁷⁾.

Le maggiori preoccupazioni che l'evoluzione appena descritta suscita riguardano allora i riflessi prodotti, sul fondamento dell'obbligazione risarcitoria e sulle tecniche per la sua misurazione, dall'inquietante connubio tra la strutturale ineffabilità della lesione cui rimediare, la diffusa svalutazione del passaggio probatorio circa l'effettiva ricorrenza della stessa lesione e lo strisciante automatismo dell'attribuzione della responsabilità all'autore dell'immissione intollerabile. Ci si interroga in particolare sulla funzione assolta da un'obbligazione risarcitoria che, per quanto continui ad essere definita come misura riparatoria ⁽⁶⁸⁾, in ossequio alla finalità di compensazione della lesione subita dal danneggiato assegnata più in generale al sistema normativo della responsabilità civile ⁽⁶⁹⁾, appare oggettivamente estranea, quanto ai suoi criteri determinativi, alla logica della

⁽⁶⁶⁾ Ripercorre il dibattito sulla natura dell'azione inibitoria prevista dall'art. 844 c.c., ACERBIS, *op. cit.*, p. 1375 ss. Secondo l'opinione ormai maggioritaria, la misura non andrebbe assimilata all'azione negatoria disposta dall'art. 949 c.c., essendo l'art. 844 c.c. rivolto in primo luogo alla tutela dell'interesse a godere del bene soggetto ad immissione di chiunque vi abbia titolo, indipendentemente dalla natura reale o personale del relativo diritto. Cfr. SALVI, voce *Immissioni*, cit., p. 6; VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 690; TOMMASINI, *La tutela d'urgenza della salute contro le immissioni acustiche eccedenti la normale tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 2331 ss.

⁽⁶⁷⁾ Osservava già qualche tempo fa che «l'imperativo categorico sembrerebbe essere divenuto quello di risarcire sempre e nella misura più alta possibile», GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p.7.

⁽⁶⁸⁾ Afferma che «attraverso il risarcimento si realizza la funzione di redistribuzione dei costi economici che il giudizio di responsabilità svolge a fronte di danni patrimoniali» SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, 1989, p. 1087. Evidenzia la stretta funzionalità del rimedio risarcitorio all'attuazione della finalità compensativa del dispositivo aquiliano anche BARCELLONA, *op. cit.*, p. 878 ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 876.

deducibilità anche solo presuntiva dall'*an* e dal *quantum* dell'interferenza patita e da riparare ⁽⁷⁰⁾.

Non è un mistero che un analogo smarrimento abbia alimentato anche il dibattito circa la funzione assoluta dal risarcimento del danno non patrimoniale e, in particolare, del danno morale da sofferenza e patimenti d'animo ⁽⁷¹⁾. Né tantomeno è un mistero che si sia riconosciuto, dietro le singolarità della reazione risarcitoria al danno non patrimoniale inferto alla persona vittima dell'illecito, un segno dell'accoglimento, anche nel nostro ordinamento civilistico, di finalità sanzionatorie irriducibili alla mera reintegrazione del diritto violato ⁽⁷²⁾.

A quest'ultimo proposito, giova tuttavia osservare come, se certamente nel caso della risarcibilità del danno morale come in quello della risarcibilità del danno esistenziale procurato da immissioni intollerabili il rapporto di equivalenza tra lesione subita e misura riparatoria sembra risolversi irrimediabilmente in una mera petizione di principio ⁽⁷³⁾, nel primo

⁽⁷⁰⁾ Osserva puntualmente che «al risarcimento può ascriversi una funzione compensativa solo in quanto la disciplina della fattispecie di responsabilità includa tra i suoi "elementi" un danno» BARCELLONA, *op. cit.*, p. 879.

⁽⁷¹⁾ Riconosce che l'obbligazione risarcitoria dovuta, nei casi previsti dalla legge, dal responsabile di un danno morale assolve, oltre ad una funzione di compensazione convenzionale della lesione, anche una funzione «soddisfattoria», R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 300. Ritiene invece che «la risposta pecuniaria alle conseguenze non monetizzabili di un fatto illecito va (...) annoverata fra le pene private», BONILINI, *op. cit.*, p. 29. Sul presupposto che la patrimonialità rappresenti un criterio mobile di definizione delle frontiere del sistema giuridico privatistico, ritiene che nel caso della risarcibilità del danno non patrimoniale, disposta dall'art. 2059 c.c. nei soli casi espressamente previsti dalla legge, il legislatore abbia sancito, in relazione al valore pregiudicato dal danno morale, l'equivalenza monetaria, in sostituzione o sovrapposizione alla coscienza sociale, cui altrimenti sarebbe deputato il continuo riposizionamento di tale criterio di valutazione del valore delle risorse che possono formare oggetto di attribuzione individuale, BARCELLONA, *il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 122 ss.

⁽⁷²⁾ Cfr. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 930.

⁽⁷³⁾ Diversamente, sostengono che il rinvio legale al criterio equitativo di determinazione della somma dovuta a titolo risarcitorio consenta di preservare un rapporto di equivalenza, seppure giudizialmente mediato, tra la lesione subita dal danneggiato e il pagamento dovuto dal danneggiante, CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale* in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 341. In senso analogo, cfr. PATTI, voce *Pena privata*, in *Digesto, disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 354. Pur ammettendo che «l'art. 2059 c.c. si presenti, almeno sotto il profilo funzionale, come quanto di più vicino ad un rimedio sanzionatorio generale offra attualmente l'ordinamento», ritiene comunque che allo stato attuale «il danno, in quanto risarcibile, non il danno in quanto ingiusto (...), rappresenta le colonne d'Ercole dell'illecito civile», NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017, p. 5, *Rivista trimestrale online* ad accesso gratuito.

caso, diversamente dal secondo, non solo l'attivazione della misura risarcitoria discende esclusivamente da specifiche previsioni legali, ma per di più essa è limitata alle ipotesi in cui la responsabilità sia accertata indagando la colpa o il dolo del danneggiante. Tanto dovrebbe bastare, se non per escludere ulteriori eventuali assonanze tra l'una e l'altra ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale, quantomeno per dubitare che, nel caso del pregiudizio esistenziale sul quale in questa sede si riflette, risulti plausibile l'idea che l'obbligazione risarcitoria risponda esclusivamente ad una funzione punitiva ⁽⁷⁴⁾. Oltre a produrre considerevoli effetti antieconomici ⁽⁷⁵⁾, infatti, la propensione a disporre reazioni punitive nei riguardi di chiunque, operando nell'esercizio della propria libertà individuale, produca interferenze negli equilibri esistenziali altrui, indipendentemente dall'accertamento di una sua disposizione soggettiva colposa o dolosa, risulta alquanto incongrua rispetto ai principi di civiltà giuridica sui quali il nostro ordinamento si fonda ⁽⁷⁶⁾.

8. – Rimane l'urgenza di una rinnovata lettura delle funzioni assolute dalle norme in materia di responsabilità civile, tale da consentire l'azionamento di criteri di regolazione giuridica comunque più coerenti e controllabili in relazione al dilagante ricorso al risarcimento del danno quale rimedio a lesioni di valori personali non apprezzabili oggettivamente per equivalente monetario.

Del resto, i dati che depongono a favore di un'iniziativa decisa in tal senso sono ormai molti e hanno origine sia legale che giurisprudenziale ⁽⁷⁷⁾. Ma anche da un punto di osservazione più strettamente teorico,

⁽⁷⁴⁾ Cfr. MENGA, *immissioni acustiche e danno non patrimoniale: quale tutela per il diritto al riposo notturno e alla serenità domestica*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 929.

⁽⁷⁵⁾ Si rinvia ancora sul punto alle condivisibili osservazioni di AFFERNI, *op. cit.*, p. 871.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. SALVI, *Risarcimento del danno extra contrattuale e «pene private»*, in BUSNELLI e SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985, p. 330. D'altronde, anche ove lo strumento dei *punitive damages* gode di ampio riconoscimento, come nell'ordinamento statunitense, non mancano voci fortemente critiche in relazione all'incontrollabilità dei presupposti sui quali spesso la previsione di *punitive damages* si fonda. Cfr. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 435 ss.

⁽⁷⁷⁾ Pare sufficiente rinviare a questo riguardo a Cass., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 ss., con nota di D'ALESSANDRO; PALMIERI, PARDOLESI; SIMONE; MONATERI. L'ordinanza interlocutoria, cfr. Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, con la quale la prima sezione della Corte di Cassazione ha rimesso al primo Presidente della stessa Corte la valutazione dell'opportunità di un intervento delle Sezioni Unite sull'ammissibilità della delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi, è commentata anche da C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corriere Giur.*, 2016, p. 912 ss. Le Sezioni Unite, come è noto, hanno riconosciuto il superamento nel nostro ordinamento delle

già la rilevata connessione legale tra la responsabilità penale dell'autore di un reato e l'obbligo di risarcire il danno non patrimoniale subito dalla vittima revoca in dubbio la tesi della rigorosa «monofunzionalità» del sistema normativo della responsabilità civile ⁽⁷⁸⁾. Di tal ché, piuttosto che limitarsi ad osservare la disfunzionalità alla logica riparatoria di un'obbligazione risarcitoria disposta indipendentemente dalla misurabilità oggettiva della lesione da reintegrare ⁽⁷⁹⁾, potrebbe forse essere più utile considerare l'eventualità che, dietro tale presunta distonia, si celi il tentativo giudiziale di realizzare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali della persona ⁽⁸⁰⁾, perseguendo un obiettivo normativo già contemplato

ragioni che in passato avevano condotto a sancire il carattere «monofunzionale» della responsabilità civile e l'inammissibilità di applicazioni delle norme in materia orientate al perseguimento di finalità di punizione e deterrenza. La stessa pronuncia, a testimonianza di un conforme indirizzo legislativo avallato anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale, rinvia alla presenza nel nostro ordinamento civilistico di una serie di strumenti normativi chiaramente rivolti ad un arricchimento funzionale del rimedio risarcitorio. Tra gli altri, si ricordano a titolo puramente esemplificativo quelli previsti dall'art. 709 *ter* c.p.c. n. 2 e 3, introdotto dalla l. 8 febbraio 2006, n.54 (provvedimenti per inadempienze e gravi violazioni nell'esercizio della potestà genitoriale o nell'esecuzione delle modalità di affidamento del minore) e dall'art. 614 *bis* c.p.c., introdotto dall'art. 49 della l. 18 giugno 2009, n. 69 (misure di coercizione indiretta in caso di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro). Rileva che l'introduzione di simili misure «abbia spiegazioni che riguardano la crisi del sistema della responsabilità penale o la diffusione e rilevanza di rapporti contrattuali asimmetrici», BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 898.

⁽⁷⁸⁾ Osserva che «In realtà, nessuna funzione è sufficiente da sola a spiegare l'intera struttura del giudizio aquiliano», SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 304. Sul punto si rinvia anche a DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1856 ss. Sostiene invece la necessità di distinguere tra l'unicità della funzione compensativa della responsabilità civile e la diversità delle funzioni assolute dai singoli criteri di imputazione, BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 876.

⁽⁷⁹⁾ Una traccia di tale propensione critica pare sia rinvenibile, tra quanti, con specifico riferimento all'ipotesi che nel nostro ordinamento il risarcimento del danno assolve una funzione punitiva, osservano che «la natura puramente compensativa del risarcimento del danno non è il frutto casuale di una scelta storica del legislatore, ma è invece corollario di un principio trascendente del diritto privato, secondo cui ogni attribuzione patrimoniale deve avere una causa in grado di giustificarla», CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 334. Per valutazioni di segno opposto, cfr. PALMIERI e PARDOLESI, *i danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2637; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 918.

⁽⁸⁰⁾ Ritiene che in presenza di danni non apprezzabili in termini patrimoniali «il problema non è più quello di risarcire, di trasferire il costo degli incidenti, ma piuttosto quello di tutelare mediante l'istituto della responsabilità civile determinate situazioni giuridiche soggettive o interessi meritevoli di tutela», GALLO, *op. cit.*, p. 10-11. Sul principio di effettività – ovvero «regola che vive nella realtà dell'ordinamento» – quale guida dell'attività interpretativa, particolarmente ove, in presenza di una fattispecie di danno non espressamente normata, sia comunque necessario che il giudice definisca il trattamento giuridico da riservarvi, cfr. SCARANO, *op. cit.*, p. 10 ss.

dal sistema ma diversamente declinato in passato. A tal proposito deve certamente ammettersi che in giurisprudenza sia ancora ampiamente condivisa l'idea secondo la quale, ove sia disposto il risarcimento di un danno il cui esatto ammontare non sia patrimonialmente apprezzabile, l'equità giudiziale *ex art. 1226 c.c.* realizzi caso per caso una relazione di equivalenza tra la lesione subita e l'obbligazione risarcitoria ⁽⁸¹⁾, preservando così almeno formalmente la persistente «monofunzionalità» compensativa della responsabilità civile. Ma giova altresì rilevare che, stante la sostanziale imprevedibilità del *quantum* dovuto, la razionalità meramente riparatoria cui il rimedio risarcitorio dovrebbe rispondere appare ineluttabilmente destinata ad una progressiva compromissione. Sarebbe in altri termini proprio la crescente sistematicità del ricorso al giudizio equitativo a rendere sempre più difficoltoso coniugare il pure apprezzabile perseguimento dell'effettività dei diritti fondamentali per via giudiziale con quel minimo di certezza e prevedibilità della sanzione risarcitoria, che, nelle ipotesi di danni patrimonialmente apprezzabili, sono normalmente garantite dalla delimitazione della misura dell'obbligazione risarcitoria al calcolo del valore del danno per equivalente monetario, secondo i rigorosi criteri sanciti dagli artt. 1223 c.c. ss.

Seguendo quest'ordine di considerazioni, allora, la questione principale da affrontare diverrebbe non più tanto la ricerca di un improbabile argine tecnico al riconoscimento giudiziale della risarcibilità di lesioni relative a profili esistenziali della persona, quanto l'accertamento della direzione e della legittimità dell'inevitabile torsione funzionale cui in tal modo, e senza un preliminare intervento legislativo, sarebbe sottoposto il sistema normativo della responsabilità civile.

Escluso, per le ragioni già esposte in precedenza, che attraverso il diffuso riconoscimento giudiziale del risarcimento del danno arrecato alla dimensione esistenziale della persona da immissioni intollerabili si possano assegnare al sistema normativo della responsabilità civile finalità meramente punitive, si potrebbe azzardare che l'obiettivo dell'effettività della tutela del valore della persona sia realizzabile anche attribuendo al rimedio risarcitorio il valore di un mero costo del sacrificio sopportato dalla persona esposta al fenomeno immissivo. Si abbandonerebbe per questa via la strada della ricerca di un'equivalenza «personalizzata» tra la misura del rime-

⁽⁸¹⁾ Ritieni che solo una valutazione giudiziale discrezionale possa garantire caso per caso una valutazione realmente equitativa del risarcimento del danno esistenziale, SCARANO, *op. cit.*, p. 45 – 46. Nello stesso senso, cfr. CENDON e SAPONE, *op. cit.*, p. 253. In giurisprudenza, da ultimo cfr. Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, cit.

dio e il valore del danno eventualmente subito e ne conseguirebbe invece la valorizzazione della finalità deterrente della responsabilità civile ⁽⁸²⁾. In questa prospettiva, perderebbe certamente rilievo l'onere probatorio circa lo stato soggettivo del danneggiante ⁽⁸³⁾, ma sarebbe comunque da definire come graduare l'intensità deterrente del rimedio disposto a favore del soggetto immesso ⁽⁸⁴⁾.

Più in generale, pure ammettendo la configurabilità del risarcimento come il prezzo oggettivamente dovuto per il disagio arrecato al pieno sviluppo della personalità del soggetto esposto ad immissioni intollerabili, a monte e a valle della rivisitazione funzionale della responsabilità civile che ne discenderebbe rimarrebbero ancora strutturalmente incerti, per un verso, i presupposti di attivazione del meccanismo rimediale così prospettato ⁽⁸⁵⁾ e, per altro verso, i criteri da adottare in sede di liquidazione giudiziale dell'obbligazione risarcitoria.

⁽⁸²⁾ Per quanto osservi correttamente che «la funzione di *punishment* è strettamente collegata in ogni caso alla funzione di *deterrence*: principale scopo di una sanzione penale è infatti prevenire l'adozione di un analogo comportamento nel futuro», cfr. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, cit., p. 442, lo stesso Autore, in uno scritto successivo, mostra chiaramente di ritenere la deterrenza una imprescindibile finalità di ogni sistema di responsabilità civile, indipendentemente dalla presenza o meno nell'ordinamento cui tale sistema faccia riferimento di figure giuridiche assimilabili ai *punitivi damages*. Cfr. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, p. 293 ss. Denuncia puntualmente l'equivoco indotto dalla acritica assimilazione del concetto di *deterrence* nordamericano, da intendersi come «obiettivo di politica economica e sociale a cui la responsabilità presta le proprie funzioni» con la «deterrenza nostrana» la quale «essendo tradizionalmente connessa con il presupposto della colpa, esprime un'esigenza morale», BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p. 916. Si interroga sulla possibilità che l'obbligazione risarcitoria realizzi una funzione «individual-deterrente», da distinguersi da quella in senso stretto punitiva, in relazione a tipologie di danno non patrimoniale risarcibile *ex art.* 2059 c.c. diverse dal danno morale e dal danno biologico, NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, cit., p. 93.

⁽⁸³⁾ Sarebbe chiaramente accentuato il carattere oggettivo della responsabilità per immissioni intollerabili. Ancora utile a riguardo il rinvio a TRIMARCHI, *La responsabilità civile, in Il diritto nella società moderna*, a cura di Rodotà, Bologna, 1971, p. 433.

⁽⁸⁴⁾ Spunti in proposito potrebbero ricavarsi da ipotesi di responsabilità già sperimentate in passato con riferimento ai danni ambientali provocati da processi produttivi, a proposito delle quali si è a suo tempo osservato che «la semplice condanna alla riparazione, cioè dell'equivalente del pregiudizio causato (o meglio di quello che i danneggiati riescono a provare in giudizio), non permette il perseguimento della finalità preventiva, propria della stessa responsabilità civile» PATTI, *op. cit.*, 1995, p. 351.

⁽⁸⁵⁾ Il rischio denunciato a riguardo, infatti, è quello della «criptica trasformazione della responsabilità civile in un più generale sistema di sicurezza sociale, ove non solo tutti i danni ma anche le svariate forme di disagio e di disgrazia, quotidiane non devono trovare un rimedio monetario», PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, cit., p. 296.

A quest'ultimo proposito, in particolare, il rinvio ai parametri tabellari definiti dalle Corti milanesi in relazione alla liquidazione del danno biologico sembra costituire certamente un importante precedente metodologico⁽⁸⁶⁾, di cui senz'altro bisognerebbe tenere conto nell'eventuale ricerca di nuovi criteri oggettivi di calcolo dell'obbligazione risarcitoria. Eppure, data la specificità che in modo sempre più insistente si pretende di riconoscere alle lesioni di tipo esistenziale⁽⁸⁷⁾, non si ritiene rappresenti al momento una soluzione del tutto adeguata, né con riferimento all'esigenza pratica del ripristino di un grado minimo di prevedibilità della misura dell'obbligazione risarcitoria⁽⁸⁸⁾, né tantomeno con riferimento all'esigenza teorica di una rinnovata coerenza funzionale delle norme sulla responsabilità civile.

Tale considerazione pare suffragata, del resto, dal recente intervento di riforma del Codice delle assicurazioni private⁽⁸⁹⁾, con il quale il legislatore, al fine di garantire il diritto delle vittime dei sinistri ad un pieno risarcimento del danno non patrimoniale, ha sancito la propria volontà di predisporre, con decreto del Presidente della Repubblica, da adottare previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, una «tabella unica su tutto il territorio della Repubblica». In quest'occasione, infatti, è stata confermata l'azionabilità da parte del giudice del meccanismo della personalizzazione della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno biologico – entro la soglia massima di maggiorazione del 30 per cento – ove «la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati»⁽⁹⁰⁾; e si è per di più previsto, all'art. 138, comma 2, lett. e) dello stesso

⁽⁸⁶⁾ Del tutto condivisibili sono le osservazioni critiche formulate nei riguardi della svalutazione giudiziale del sistema «tabellare» di risarcimento del danno non patrimoniale da PONZANELLI, *La fenomenologia del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 727 ss.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. Cass., 20 aprile 2016, n.7766, in *Danno e resp.*, 2016, p. 720 ss., ove in proposito si legge che «il giudice della responsabilità civile non può mai essere il giudice degli automatismi matematici ovvero delle super-categorie giuridiche quando la dimensione del giuridico finisce per tradire apertamente la fenomenologia della sofferenza».

⁽⁸⁸⁾ Una simile esigenza è particolarmente sentita dalle imprese assicurative, ma, dato l'odierno protagonismo della logica assicurativa in relazione all'operatività del sistema normativo della responsabilità civile, essa riguarda anche l'effettività della tutela risarcitoria con specifico riferimento alle fasce meno abbienti della popolazione. Cfr. PONZANELLI, *La sentenza «Scarano» sul danno da perdita di vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, cit., p. 394.

⁽⁸⁹⁾ Si allude alla recente novella degli artt. 138 e 139 del d. lgs. 7.09.2005, n. 209 – Codice delle assicurazioni private – disposta dalla l. 4 agosto 2017, n. 124.

⁽⁹⁰⁾ Il meccanismo di personalizzazione dell'obbligazione risarcitoria del danno non

provvedimento, un meccanismo aperto di personalizzazione giudiziale dell'obbligazione risarcitoria, da liquidare nel caso in cui sia necessario considerare un danno morale da lesione all'integrità fisica ⁽⁹¹⁾.

Non pare, dunque che, almeno per il momento, sia all'ordine del giorno la definizione di un sistema tabellare che, ridimensionando la centralità dell'equità giudiziale tra i criteri di computo del risarcimento del danno non patrimoniale, possa contestualmente avviare un processo di riarticolazione funzionale del sistema normativo della responsabilità civile. Ove si volesse procedere in questa diversa direzione, sarebbe indispensabile la elaborazione di parametri oggettivi, legalmente predefiniti, di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria, che d'altra parte, per quanto ispirati alla deterrenza contro la produzione di piccoli e grandi disagi negli altrui stili e abitudini di vita, evitino di trasformare l'obbligazione risarcitoria in un ingiustificato arricchimento del soggetto immesso e dunque, paradossalmente, in un possibile incentivo alla ricerca della lesione ⁽⁹²⁾.

In conclusione, è indubbio che, finché il legislatore non interverrà in modo organico sulla funzione assoluta dal risarcimento del danno non patrimoniale e sui conseguenti criteri da adottare per la sua quantificazione, scegliendo così di rivedere la propria generosa apertura di credito a favore dell'equità giudiziale, l'unica soluzione percorribile in materia ri-

patrimoniale in ragione dell'accertamento di un danno esistenziale che presenti una sua specificità rispetto alle conseguenze dinamico-relazionali direttamente connesse al danno biologico, inteso quale lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, nei termini disposti dall'art. 138, comma 2, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, c. ass., è previsto in particolare dal comma 3 dello stesso art. 138. Lo stesso meccanismo è peraltro contemplato, sebbene con una soglia di maggiorazione dell'obbligazione risarcitoria minore, anche dal successivo art. 139, comma 3, in relazione allo specifico danno esistenziale derivato da danno biologico per lesioni di lieve entità derivanti da sinistri nella circolazione di veicoli a motore e di natanti.

⁽⁹¹⁾ Per valutazioni decisamente critiche nei confronti di tale intervento normativo, che scardinerebbe l'unitarietà della categoria del danno non patrimoniale e, in nome dell'integrale risarcibilità del danno non patrimoniale, determinerebbe la consistente lievitazione dei premi assicurativi, cfr. PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 838.

⁽⁹²⁾ Oltre ad evidenziare il rischio di «un'allocazione di risorse economicamente incontrollata», rileva l'ulteriore rischio della trasformazione dei privati in «cacciatori di taglie», BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 901. Una simile preoccupazione potrebbe riguardare in particolare i casi in cui, nella determinazione del valore della prestazione pecuniaria attesa da quanti lamentino la compromissione di interessi e valori ritenuti rilevanti per lo sviluppo della propria personalità, assuma un qualche peso il rilievo sociale dell'attività generatrice delle immissioni intollerabili. Non a caso vi è chi rileva che «è proprio sulla misura e sulla quantificazione dei danni risarcibili che si gioca oggi la partita più difficile delle regole di responsabilità civile». Cfr. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, cit., p. 295.

manga proprio quella della valutazione equitativa *ex art. 1226 c.c.* Ma altrettanto indubbio appare che le peculiari ricadute operative del diffuso riconoscimento del risarcimento dei danni relativi alle abitudini e agli stili di vita personali prodotti da immissioni intollerabili rappresentino un ennesimo, forte richiamo all'urgenza di un tentativo di conciliazione legale tra la tutela piena ed effettiva della persona umana e l'esigenza, che qui si ritiene altrettanto insopprimibile, di certezza e prevedibilità dei meccanismi giuridici preposti alla regolazione dei rapporti tra privati⁽⁹³⁾.

⁽⁹³⁾ Cfr. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 902. In relazione all'analogo problema della riconoscibilità nel nostro ordinamento di danni *stricto sensu* punitivi, invoca la formulazione di regole chiare da parte del legislatore anche BUSNELLI, *op. cit.*, p. 943.

EMILIO TOSI

Il contratto asimmetrico bancario e di investimento *monofirma*: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni Unite della Cassazione

SOMMARIO: 1. La forma informativa nei contratti asimmetrici in generale. – 2. La forma dei contratti asimmetrici bancari e dei contratti di investimento nel TUB e nel TUF. – 3. La forma informativa nei contratti di investimento, e bancari, alla luce del principio di diritto elaborato dalla Corte di Cassazione Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898 e 23 gennaio 2018, n. 1653. – 4. Contratti asimmetrici monofirma e sottoscrizione unilaterale del contraente debole: ammissibilità e limiti all'utilizzo di criteri di imputazione alternativi alla sottoscrizione. – 5. La predisposizione unilaterale individuale del contratto bancario e finanziario quale criterio di imputazione alternativo rispetto alla sottoscrizione. – 6. Riflessioni conclusive.

1. – Si è recentemente sviluppata ampia discussione sull'evoluzione del paradigma contrattuale classico a nuovi paradigmi contrattuali ⁽¹⁾, anche sulla scorta della progressiva emersione nella normativa privatistica comunitaria, declinati in termini di primo, secondo e terzo contratto ⁽²⁾: il

⁽¹⁾ ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 639 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, p. 435 ss.; *cui adde* da ultimo ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012; *I contratti del consumatore*, a cura di Alpa, Milano, 2014; e BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018, p. 5 ss.

⁽²⁾ MINERVINI, *Il "terzo contratto"*, in *I Contratti*, 2009, p. 493 ss. segnala, con perplessità, l'ulteriore categoria del *quarto contratto* – il contratto tra consumatori, C2C – evocando in proposito l'ossessione per il numero ordinale; *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, p. 19 ss.; *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2007; *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di Sirena, Milano, 2006; *Concorrenza e mercato, Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di Vettori, Padova, 2005. Infine, NAVARRETTA, *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, *cit.*, evoca esplicitamente il *quarto contratto* con riferimento a un «contratto asimmetrico al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica». Senza omettere i contratti della PA: verso il quinto contratto?

contratto di diritto comune, il contratto con i consumatori e il contratto diseguale tra imprese.

Emergenza di nuovi paradigmi contrattuali congiunta a una parallela evoluzione formale: dalla forma tradizionale di matrice codicistica alle forme di nuovo conio introdotte dalla più recente normativa post-codicistica settoriale, in particolare la forma scritta *ad informationem*, meglio nota come *forma informativa* ⁽³⁾.

Come è stato correttamente osservato ⁽⁴⁾ è, tuttavia, forse più appropriato discutere di contratto “senza numeri e aggettivi” – ossia di contratto *tout court* – evitando, così, di cedere alla pericolosa tentazione di fuga dalla centralità del sistema delineato dal Codice Civile e frammentare il discorso giuridico in molteplici microsystemi impermeabili l'uno all'altro.

Quanto sopra al fine, condivisibile, di mitigare il rischio di consegnare il ragionamento giuridico, in materia contrattuale, a riflessioni frammentarie, prive di sistematicità oltre che disallineate rispetto all'irrinunciabile tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, non priva di riflessi significativi in tale specifico contesto.

In questa prospettiva, a prudente avviso dello scrivente, discutere separatamente di contratti con i consumatori e di contratti diseguali tra imprese può, quindi, essere fuorviante se non si consideri tale analisi in un

⁽³⁾ Sul dibattuto tema della *forma informativa*, tra lettura tradizionale, lettura strutturale e moderna lettura funzionale, sia consentito rinviare alla recente monografia dello scrivente: TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018, *passim*. In generale sul controverso tema dell'analisi funzionale e assiologica della forma contrattuale si vedano: P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*; *contra* in senso favorevole alla lettura strutturale IRTI, *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, p. 20, secondo il quale «la norma sulla forma è unica ed esclusiva: quella, che, descrivendo il modello di fattispecie forte, aggiunge il requisito della forma, “quando risulta che è prescritto dalla legge sotto pena di nullità” (art. 1325, n. 4, c.c.). La norma, descrittiva del modello di fattispecie debole, non è una norma sulla forma: ed, infatti, elenca accordo, causa ed oggetto. Non si danno, dunque, due norme sulla forma – l'una regolare, l'altra eccezionale -; ma una sola norma, la quale, in sé considerata, non è né regolare né eccezionale. Mancando il termine di raffronto, la norma non può assumere alcuna qualifica di relazione: non si paragona ad altre, e così rimane una tra le norme dell'ordinamento». Sulla costituzionalizzazione del diritto civile oltre a P. PERLINGIERI, *op. cit.* si veda anche LIPARI, *Una chiave di lettura*, in *La funzione sociale nel diritto privato*, a cura di Macario e Milletti, Roma, 2017, p. 19 ss.

⁽⁴⁾ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *questa rivista*, 2012, 1191 ss. e P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, *Riv. Dir. Imprese*, 2006, p. 323 ss.

quadro più ampio, tendenzialmente unitario, almeno in forza di alcuni significativi tratti essenziali comuni ⁽⁵⁾.

Si tratta, quindi, di registrare la recente emersione della nuova categoria del *contratto asimmetrico* ⁽⁶⁾, che pur, si ribadisce, nel rispetto delle ineliminabili peculiarità dei singoli paradigmi contrattuali settoriali, presenta, tuttavia, rilevanti elementi comuni.

Il contratto asimmetrico – ossia il contratto tra soggetti diseguali per potere informativo, economico, negoziale e impositivo che si sublima nell'esercizio del potere di predisposizione contrattuale unilaterale da parte del contraente forte – costituisce un nuovo paradigma contrattuale ampio che segnala il superamento dell'ormai classica contrapposizione tra contratti con i consumatori e contratti diseguali tra imprenditori.

Il contratto asimmetrico definito come contratto tra soggetti negoziali a poteri diseguali non riguarda solo il consumatore, il risparmiatore, l'investitore – il cliente in genere – ma anche la piccola impresa, e in senso ancora più esteso il contraente esposto all'abuso di potere economico della controparte forte, professionisti e lavoratori autonomi inclusi ⁽⁷⁾.

Unitamente a tale nuova categoria contrattuale pare doversi registrare la correlata emersione della forma scritta *ad informationem*, *forma informativa protettiva* ⁽⁸⁾ e di riequilibrio dell'asimmetria informati-

⁽⁵⁾ Si veda in tal senso anche CALVO, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, in particolare p.132 ss.

⁽⁶⁾ Sul punto ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 143 rileva che: «Ormai non si può più pretendere di ricondurre tutto a sistema, anche se non è necessario abbandonarsi a tentazioni nichilistiche. I codici di un tempo hanno vissuto in gloria, oggi si propone una nuova codificazione concepita come un nuovo modo di aggregare regole di autonomia privata. (...) La tripartizione classificatoria di contratti tra contraenti formalmente eguali, contratti tra imprese e contratti con i consumatori si arricchisce di una nuova categoria, il contratto asimmetrico, in cui l'asimmetria (informativa, di potere negoziale, di potere impositivo) non riguarda solo il consumatore ma anche la piccola impresa, e più in generale la parte esposta all'abuso di potere economico della controparte»; cui adde ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2007, p. 355 ss.; ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2^a ed., Torino, 2005.

⁽⁷⁾ Sulla ricostruzione della categoria del contratto asimmetrico si veda *amplius* TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., p. 70 ss. Paradigmatico anche il contratto asimmetrico tra contraenti forti (banche, assicurazioni, grandi imprese e PA) e professionisti; sul punto si rinvia sempre a TOSI, *ibidem*, p. 64 ss.

⁽⁸⁾ MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, I, Milano, 2001, p. 353 pare aver per primo aver fatto riferimento espresso alla nuova figura della forma di protezione *tertium genus* rispetto alla forma *ad*

va⁽⁹⁾: nuova declinazione funzionale, del classico principio di forma scritta strutturale, *ad substantiam*, strettamente correlata al fenomeno del contratto asimmetrico in cui non si discute più, e per settori impermeabili l'uno all'altro, esclusivamente di consumatore, investitore, risparmiatore, assicurato, impresa dipendente, ma più in generale di *cliente* o ancora più precisamente di contraente debole *tout court* ⁽¹⁰⁾.

La tradizione giuridica classica vede, da sempre, nella forma scritta, a partire dal contratto individuale e simmetrico, innanzitutto, ma anche nel contratto asimmetrico – individuale o *a fortiori* di massa – acquisizione dottrinale recente, uno strumento di garanzia e di promozione del consenso ⁽¹¹⁾.

L'art. 1341 c.c. costituisce la fattispecie più evidente – dell'uso strumentale della forma – nella normativa *tradizionale* del Codice Civile, ancora prima delle riforme settoriali post-codicistiche di derivazione comunitaria.

Fra le varie funzioni che possono attribuirsi alla forma negoziale – forma quale modalità di esteriorizzazione della volontà, forma per la prova dell'atto, forma quale requisito di opponibilità di un atto *erga omnes*, forma pubblicità nelle Società – emerge quella nuova e peculiare della *forma informativa* ⁽¹²⁾ nella misura in cui le nuove prescrizioni formali attribuiscono alla forma la funzione di veicolo informativo elettivo a protezione del contraente debole da cristallizzarsi necessariamente in contratto per iscritto e non limitandosi a prevedere un mero obbligo di consegna di un documento relativo a un contratto a forma libera.

Si parla in proposito anche di *forma-contenuto* in quanto la forma consente di cristallizzare il contenuto previsto dalla legge consentendo

substantiam e alla forma *ad probationem*; cui adde RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003, p. 51 ss. e di ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 368-372.

⁽⁹⁾ Si veda sul punto DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 10, che ravvisa nella carenza di un'adeguata informazione la fonte dello svantaggio contrattuale del contraente debole. Sottolinea che la carenza di equilibrio informativo si riverbera anche sul corretto e trasparente funzionamento dei mercati: PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2008, p. 251.

⁽¹⁰⁾ ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 ss.

⁽¹¹⁾ NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, III, 1982, p. 562.

⁽¹²⁾ Espressione di De NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Diritto dei Trasporti*, 1995, p. 720.

un agevole controllo di conformità e riducendo al minimo i vizi della volontà.

La prescrizione di determinate informazioni che devono essere fornite con il testo del contratto determina quale immediata conseguenza che il contratto deve necessariamente avere *quel* contenuto minimo costituito dall'insieme degli elementi oggetto delle prescrizioni informative.

Sulla base della rilevanza che il legislatore attribuisce all'informazione e alla forma muta il ruolo stesso dello strumento contrattuale che diviene strumento informativo per la determinazione e regolamentazione del rapporto contrattuale asimmetrico, di massa o individuale ⁽¹³⁾.

Funzionale alla garanzia delle informazioni *ex lege* diviene, sempre più spesso nella legislazione di settore, proprio il vincolo della *forma informativa: forma scritta, contenuto informativo minimo, conformità al modello legale, completezza testuale e trasparenza*, sono i tratti distintivi che concorrono a delineare la nuova categoria formale sintomatica dell'evoluzione del contratto quale strumento informativo elettivo ⁽¹⁴⁾.

Questo ritorno al formalismo negoziale potrebbe sembrare una contraddizione in termini del sistema moderno dei contratti, invero, informato da un principio di superamento delle forme, viste come inutile appesantimento del traffico economico.

Il *neoformalismo* – diversamente declinato tra gli opposti estremi del formalismo della *forma modulo*, che non richiede sottoscrizione, e la nuova speciale *forma informativa* – segna un nuovo ritorno alla forma negoziale con funzione peculiare protettiva di classi di soggetti giuridici ritenuti deboli dall'ordinamento. Nella normativa settoriale sono statuiti eterogenei precetti *informativi-formal-procedimentali*: Codice del Consumo, Codice del Turismo, TUB e TUF ne costituiscono significativi esempi.

La forma presenta anche altri aspetti vantaggiosi dal punto di vista giuridico favorendo la certezza nei rapporti contrattuali, assicurando il rispetto di *standard* minimi di diligenza da parte del soggetto “forte” e agevolando, ove prevista, l'attività di vigilanza nello specifico settore negoziale (Banca d'Italia e Consob, innanzitutto, nei rispettivi settori bancario e finanziario).

⁽¹³⁾ GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011, p. 292 ss.

⁽¹⁴⁾ DE NOVA, *Vantaggi e limiti della formalizzazione degli accordi negoziali*, in Aa.Vv., *I contratti di viaggio e Turismo*, Milano, 1995, p. 2 ss., vantaggi che vengono individuati dall'autore principalmente nella chiarezza e nella migliore operatività dei rapporti e nella protezione del consenso.

La rinascita di un nuovo formalismo si abbina, infine, di regola, ad una marcata tipizzazione dei modelli contrattuali resa evidente da una dettagliata disciplina del contenuto negoziale: il precetto di forma prescrive gli elementi dell'accordo che devono essere cristallizzati nella forma contenuta e tale vincolo formale è, inoltre, strettamente correlato alla completezza testuale del contenuto minimo in ragione della conformazione al modello legale e al conseguente divieto di rinvio a fonti di integrazione del contratto extratestuali ⁽¹⁵⁾.

Così pure tale sequenza procedimentale peculiare del neoformalismo della contrattazione asimmetrica è dato riscontrarsi, nella sua espressione più evidente ed intensa del fenomeno, nei contatti bancari e di investimento oggetto del presente studio: anche qui l'informazione contrattuale deve essere incorporata in un documento contrattuale scritto e prima ancora le informazioni essenziali portate a conoscenza dei potenziali clienti attraverso la pubblicazione di fogli informativi disciplinati dalla normativa e dalla regolamentazione di trasparenza dell'autorità di vigilanza competente (Banca d'Italia e Consob).

2. – La disciplina dei contratti bancari e dei contratti di investimento, pur essendo le rispettive normative autonome tra loro, trova un punto di significativo contatto normativo in punto di *forma informativa*. Tema che può ben, quindi, fondatamente essere studiato in prospettiva unitaria essendo comuni le considerazioni che formuleremo in merito.

Nell'ordinamento italiano, come noto, la forma dei contratti bancari e dei contratti d'investimento è disciplinata in parte da norme di legge in parte a livello regolamentare ⁽¹⁶⁾.

Per quanto riguarda i contratti bancari disciplinati dal TUB (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni) la forma scritta è prevista dall'art. 117 TUB ⁽¹⁷⁾ che statuisce al comma 1 quanto segue: «I

⁽¹⁵⁾ DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p.710 ss.

⁽¹⁶⁾ MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato e diretto da Schlesinger, Milano, 2012.

⁽¹⁷⁾ L'art. 117 TUB prevede inoltre che: «4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. 5. (abrogato) 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonchè quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e

contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti». Al comma 3 precisa che: «Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo».

Analoga disposizione per quanto riguarda i contratti di investimento disciplinati dal TUF (d.lgs. 24 febbraio 98, n.58 e successive modificazioni) è contenuta nell'art. 23 TUF ⁽¹⁸⁾ comma 1 che statuisce la forma scritta a pena di nullità – unitamente a obbligo di consegna di esemplare al cliente – per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, per i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della dir. 2014/65/UE ⁽¹⁹⁾.

Nullità che può essere fatta valere solo dal cliente (art. 23 TUF comma 3) ⁽²⁰⁾.

Si è rilevato in dottrina che gli effetti degli atti di volontà dell'investitore, nel caso specifico dei contratti bancari e finanziari, vengono contestati – nonostante l'art. 1428 c.c. in materia di annullamento del contratto per errore essenziale e riconoscibile – negandone la validità non solo nel

quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto».

⁽¹⁸⁾ L'art. 23 TUF prevede inoltre che: «4. Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario. 5. Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile. 6. Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta».

⁽¹⁹⁾ Il comma 2 prevede, inoltre, la nullità di ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto. Nullità che può essere fatta valere solo dal cliente (art. 23 TUF comma 3).

⁽²⁰⁾ L'art. 37, comma 1, *Regolamento intermediari* stabilisce che «Gli intermediari forniscono i propri servizi di investimento, compresa la consulenza in materia di investimenti che preveda lo svolgimento di una *valutazione periodica dell'adeguatezza* degli strumenti finanziari o dei servizi raccomandati, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente».

caso di violazione di norme primarie di legge ma anche di previsioni regolamentari ⁽²¹⁾.

I rilievi di nullità ⁽²²⁾ riguardano prevalentemente:

- carenze dell'accordo quadro, in particolare mancanza sottoscrizione della banca o dell'intermediario;
- inadempimento di obblighi informativi posti a carico della banca o dell'intermediario rispettivamente dal TUB e dal TUF e normativa regolamentare attuativa.

Con particolare riferimento alla violazione degli obblighi informativi nei contratti di intermediazione finanziaria ⁽²³⁾:

- mancata consegna documento informativo generale dei rischi delle operazioni finanziarie in generale;
- mancata consegna documentazione informativa inerente l'operazione specifica dell'investimento con valutazione di adeguatezza in relazione all'investitore;
- conflitto di interessi dell'intermediario in quanto appartenente allo stesso gruppo del collocatore degli strumenti finanziari o di soggetti esposti al rischio di credito verso l'emittente.

La *forma informativa*, come si è già avuto modo di rilevare, si ritiene doversi qualificare quale strumento elettivo di conformazione contrattuale: non solo forma protettiva del contraente debole ma forma incidente sulla condotta informativa della parte forte, nuova forma idonea a rendere *trasparente* la condotta di quest'ultima nel mercato di riferimento con funzione di vigilanza e prevenzione delle condotte informative eterodosse.

Anche nel caso dei contatti bancari e finanziari – similmente a quanto rilevato in relazione ai contratti asimmetrici in generale – l'informazione contrattuale deve essere incorporata in un documento contrattuale scritto rilevante sotto il profilo della validità – la *forma informativa* – e prima ancora le informazioni essenziali destinate ai potenziali clienti ai sensi dell'art. 116 TUB devono essere resi note al pubblico (tassi di interesse,

⁽²¹⁾ Così GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *questa rivista*, 2016, p. 1463 ss. e ID., *Dalla nullità relativa alla forma dimidiata*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 1220 ss.; *cui adde* RIZZINI BISINELLI, *Violazione di norme regolamentari e nullità asimmetrica*, in *Società*, 2006, p. 203 ss.

⁽²²⁾ Sulla possibilità di classificare le figure della nullità a seconda che consegua a carenze strutturali oppure a un negativo giudizio di valore dell'atto, riassuntivamente v. G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, p. 5 ss.

⁽²³⁾ ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 349 ss.

prezzi, spese e ogni altra condizione relativa alle operazioni offerte) in ciascun locale della banca aperto alla clientela mediante affissione di *fogli informativi* analitici ⁽²⁴⁾.

Tale pubblicità informativa – pur non rilevando quale offerta al pubblico *ex art.* 1336 c.c. – non è priva di effetti giuridici sul contratto che verrà perfezionato con il cliente in quanto tale contratto potrà discostarsi dai parametri ivi comunicati, in ossequio al principio di trasparenza, solo *in melius* (art. 117, commi 4, 5 e 7 TUB).

Di tal guisa che i predetti *fogli informativi* non solo svolgono il ruolo di *pubblicità informativa* idonea a rappresentare al pubblico contenuti e modalità essenziali dei servizi e delle operazioni offerte dalla Banca, ma, per tal via, assurgono al ruolo, ancora più importante, di fonte integrativa del contratto *inter partes* ove lacunoso nei punti da questi rappresentati pubblicamente.

Analogamente anche nei contratti di investimento l'informazione precontrattuale permea l'accordo cristallizzandosi in esso grazie alla *forma informativa*: il contenuto del prospetto informativo di cui all'art. 94 TUF si riflette necessariamente sul contenuto informativo conformato del modello legale ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Art. 116 TUB: «Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi». E ancora all'art. 116 TUB comma 1 *bis*: «Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti gli indicatori che assicurano la trasparenza informativa alla clientela, quali l'indicatore sintetico di costo e il profilo dell'utente, anche attraverso gli sportelli automatici e gli strumenti di accesso tramite internet ai servizi bancari».

⁽²⁵⁾ Il citato art. 94 TUF statuisce, fra l'altro, quanto segue: «1. Coloro che intendono effettuare un'offerta al pubblico pubblicano preventivamente un prospetto. A tal fine, per le offerte aventi ad oggetto strumenti finanziari comunitari nelle quali l'Italia è Stato membro d'origine e per le offerte aventi ad oggetto prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari comunitari, ne danno preventiva comunicazione alla Consob allegando il prospetto destinato alla pubblicazione. Il prospetto non può essere pubblicato finché non è approvato dalla Consob. Nel caso di offerta al pubblico di quote o azioni di Oicr chiusi per le quali l'Italia è lo Stato membro d'origine, il prospetto è pubblicato quando si è conclusa la procedura prevista dall'articolo 43 o dall'articolo 44 e dalle relative disposizioni di attuazione 2. Il prospetto contiene, in una forma facilmente analizzabile e comprensibile, tutte le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dell'emittente e dei prodotti finanziari offerti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire ad un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale e finanziaria, sui risultati economici e sulle prospettive dell'emittente e degli eventuali garanti, nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti. Il prospetto contiene altresì una nota di sintesi la quale, concisamente e con linguaggio non

Inoltre, il prospetto informativo non solo si riflette sul contratto di investimento ma ne costituisce elemento rilevante sul piano della validità del contratto stesso – *sub species* della nullità relativa – come previsto dall'art. 100 *bis*, comma 3 del TUF ⁽²⁶⁾.

Emerge chiaramente il paradigma dell'informazione cristallizzata nel documento contrattuale rilevante sotto il profilo della validità – *rectius, forma informativa* – quale prescrizione di *forma – contenuto informativo minimo – completo – trasparente* che segna, come vedremo, il dissolvimento delle regole di condotta in regole di validità.

Superamento della tradizionale distinzione tra regole di condotta e regole di validità ⁽²⁷⁾, particolarmente rilevante relativamente alla disciplina dei contratti di investimento – in relazione al contraente non *qualificato* – in cui la *forma informativa* non solo rappresenta il contenuto informativo completo del contratto conformato al modello legale, di per sé non più sufficiente ad assicurare la validità del contratto, ma si aggrava ulteriormente assorbendo gli obblighi informativi del professionista atti ad assicurare un contenuto informativo *adeguato* relativamente al profilo di rischio dell'investitore nel caso di servizi di consulenza in materia di investimenti o dalla gestione di portafogli (art. 40-41 *Regolamento intermediari*) o *appropriato* nel caso di servizi diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli (art. 38-42 *Regolamento intermediari*).

tecnico, fornisce le informazioni chiave nella lingua in cui il prospetto è stato in origine redatto. Il formato e il contenuto della nota di sintesi forniscono, unitamente al prospetto, informazioni adeguate circa le caratteristiche fondamentali dei prodotti finanziari che aiutino gli investitori al momento di valutare se investire in tali prodotti. 3. Il prospetto per l'offerta di strumenti finanziari comunitari è redatto in conformità agli schemi previsti dai regolamenti comunitari che disciplinano la materia. (*omissis*) 7. Qualunque fatto nuovo significativo, errore materiale o imprecisione relativi alle informazioni contenute nel prospetto che sia atto ad influire sulla valutazione dei prodotti finanziari e che sopravvenga o sia rilevato tra il momento in cui è approvato il prospetto e quello in cui è definitivamente chiusa l'offerta al pubblico deve essere menzionato in un supplemento del prospetto».

⁽²⁶⁾ «Nell'ipotesi di cui al comma 2, qualora non sia stato pubblicato un prospetto, l'acquirente, che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, può far valere la nullità del contratto e i soggetti abilitati presso i quali è avvenuta la rivendita dei prodotti finanziari rispondono del danno arrecato. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 191 e quanto stabilito dagli articoli 2412, secondo comma, 2483, secondo comma, e 2526, quarto comma, del Codice civile» (art. 100 *bis*, comma 3, TUF).

⁽²⁷⁾ G. PERLINGIERI *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

3. – Come noto con le recenti sentenze a Sezioni Unite del 16 gennaio 2018, n. 898 (Pres. Rodorf – Est. Di virgilio) e del 23 gennaio 2018, n. 1653 (Pres. Rodorf – Est. Di Virgilio) la Corte di Cassazione è intervenuta sul tema controverso della *forma informativa* nei contratti di investimento statuendo il seguente innovativo principio di diritto⁽²⁸⁾: «Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

Con riferimento al predetto innovativo principio si sono formati contrapposti orientamenti dottrinali che, in estrema sintesi, possono essere articolati come segue⁽²⁹⁾.

(28) Come noto la *Corte di Cassazione, I sezione Civile* – con successive ordinanze n. 10447 del 27 aprile 2017 e n. 12390 del 17 maggio 2017 – ha rimesso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sez. un. la *questione di massima di particolare importanza* ex art. 374 c.p.c., comma 2 – e non per dirimere un contrasto tra le sezioni semplici o all'interno della stessa sezione – in ordine al seguente profilo giuridico: se il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, accanto a quella dell'investitore, anche la sottoscrizione *ad substantiam* dell'intermediario. All'esito della rimessione alle SS. UU. da parte del Primo Presidente della Suprema Corte – sono state pubblicate le sentenze della Corte di Cassazione sez. un. 18 gennaio 2018, n. 898 (Pres. Rodorf – Est. Di Virgilio) e 23 gennaio 2018, n.1653 (Pres. Rodorf – Est. De Virgilio) che hanno affermato – accogliendo la moderna lettura funzionale della forma, prospettiva metodologica particolarmente indicata nel contesto asimmetrico della normativa settoriale post-codicistica – la peculiare natura protettiva della forma scritta informativa, non sovrapponibile a quella strutturale tradizionale del diritto comune, con conseguente ammissibilità dei *contratti asimmetrici di investimento monofirma*.

(29) I primi studi pubblicati – in relazione all'ordinanza Cass. 27 aprile 2017, n. 10447 e a commento delle sentenze della Cass., sez. un., 858/2018 e 1653/2018 – si esprimono per lo più in senso critico (si rinvia, sul punto, alla nt. 31) in ordine alla lettura funzionale ed assiologica della forma informativa dei contratti di investimento e bancari operata dalla Cassazione nell'arresto che qui si analizza, teorizzando, con diversità di argomentazioni, che, semplificando, possono essere sintetizzate nel richiamo alla centralità della *forma scritta tradizionale* anche nel contesto bancario e finanziario, in assenza di espressa deroga *per tabulas*: conseguentemente si respinge fermamente la teorica del *contratto asimmetrico monofirma* in quanto si ritiene che la forma, anche quella dei contratti in parola, non possa che essere quella *ad substantiam* del Codice Civile delineata dal combinato disposto degli artt. 1325, n. 4 e 2702 Codice Civile. Si ritiene, invero, tale approccio – non incline a valorizzare adeguatamente la specificità segnalata proprio dalla sanzione della *nullità relativa protettiva*, prevista dal TUF e dal TUB in luogo della *nullità assoluta*, in caso di violazione del precetto formale – eccessivamente formalistico: la sanzione della nullità relativa parrebbe, infatti, costituire significativo indizio a favore della specialità del regime formale applicabile in luogo di quello comune *tout court*.

Da un lato, studi critici, con varietà di argomentazioni riconducibili a una comune lettura strutturale ⁽³⁰⁾, verso il riconoscimento della peculiare nuova *forma informativa* e con conseguente rigetto dello scioglimento della forma scritta dal requisito della sottoscrizione bilaterale anche in relazione al contratto predisposto ⁽³¹⁾.

Dall'altro studi favorevoli alla moderna lettura funzionale e assiologica, flessibile e non dogmatica ⁽³²⁾ della *forma informativa protettiva* che ammette la sottoscrizione unilaterale da parte del solo contraente debole con conseguente ammissibilità del contratto predisposto *monofirma* ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Sulla tradizionale lettura strutturale della forma contrattuale, ascrivibile al magistero irtiano, si veda per tutti: IRTI, *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, *passim*.

⁽³¹⁾ Si vedano in senso critico rispetto alla lettura funzionale ed assiologica della forma informativa operata dalla Cassazione sez. un. e alla conseguente ammissibilità di contratto scritto ex art. 117 TUB predisposto dalla Banca ma sottoscritto solo dal cliente (c.d. *contratto monofirma*) ex multis: AMAGLIANI, *Della forma del contratto quadro di investimento e di alcune opinabili e controverse conseguenze in tema di forme e nullità*, *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 1363 ss.; ID., *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*, in *Contratti*, 2018, 149 ss.; D'AMICO, *La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 TUF non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2018, p. 138 ss.; MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contratti*, 2017, p. 393 ss.; LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 6; ID., *Interessi contrapposti e "conseguenze opportunistiche" nella sentenza delle sezioni unite sulla sottoscrizione del contratto*, in *Foro it.*, 2018, p. 1289 ss.; ID., *Il problema della forma contrattuale*, *Torino*, 2017, p. 112 ss.; ID., *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *questa rivista*, 2018, p. 217 ss.; PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, p. 686.; ID., *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU., ed un'interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 TUF*, in *Contratti*, 2018, p. 142 ss.; TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, p. 543 ss.; GIROLAMI *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2017, p. 554 ss.; DI MAJO *Contratto di investimento mobiliare: il balletto delle forme*, in *Giur. it.*, 2018, p. 569 ss.

⁽³²⁾ Sulla moderna lettura funzionale e assiologica della forma contrattuale, ascrivibile al magistero perlingieriano, si veda per tutti: P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*.

⁽³³⁾ Si esprimono, invece, favorevolmente – in linea con quanto ritenuto dallo scrivente e argomentato nel presente studio – alla lettura funzionale protettiva della forma: (a) anteriormente all'ordinanza di rimessione Cass. 27 aprile 2017, n. 10447 e alle sentenze della Cass., sez. un., 858/2018 e 1653/2018 – respingendo interpretazioni dogmatiche e cristallizzate in favore di soluzioni interpretative moderne, più flessibili e adeguate alle esigenze del complesso sistema ordinamentale italo-comunitario: P. PERLINGIERI, *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., p. 92 ss.; *amplius* ID., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 33 ss. Cui adde, BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, cit., p. 141; DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, cit., p. 107 ss.; FAVALE, *Nullità*

Il ragionamento delle Sezioni Unite – che pare accogliere la lettura funzionale della forma contrattuale nel contesto del nuovo paradigma contrattuale asimmetrico emergente dalla normativa post-codicistica⁽³⁴⁾ – si fonda sull'analisi della *ratio* dell'art. 23 TUF che statuisce la redazione per iscritto del contratto di investimento e la consegna del documento contrattuale al cliente.

In particolare si ritiene opportuno citare il seguente significativo passaggio argomentativo formulato da Cass., sez. un., n. 898/2018 secondo cui «Il vincolo di forma imposto dal legislatore (tra l'altro composto, in quanto vi rientra, per specifico disposto normativa, anche la consegna del documento contrattuale), nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automati-

del contratto per difetto di forma e buona fede, in *Rass. Dir. Civ.*, 2003, p. 561; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., p. 129; (b) successivamente all'ordinanza di rimessione e alle sentenze della Corte di Cassazione sez. un. citate: TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., *passim* e spec. p.131 ss.; MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"*, in *Foro it.*, 2018, p. 1283 ss.; L. COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite*, in *Giur. It.*, 2018, p. 572 ss.; MEDICI, *Contratti di investimento monofirma: l'avallo delle sezioni unite*, in *Foro It.*, 2018, p. 937 ss. che esprime perplessità in ordine all'iter motivazionale ed in particolare ritiene che «in maniera più lineare e convincente il naturale epilogo avrebbe dovuto condurre all'affermazione del principio secondo il quale la firma dell'istituto di credito non è necessaria poiché la manifestazione di volontà dell'istituto di credito è già palesata con la redazione e consegna al cliente del contratto di servizio di investimento, senza che, in presenza dell'accettazione, dell'investitore, per il perfezionamento del contratto debba farsi riferimento alla conclusione per *facta concludentia*»; TICOZZI, *Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 579 ss. il quale tuttavia non si spinge sino al punto di ritenere sufficiente la sottoscrizione unilaterale – quella del solo cliente – ma esprime perplessità ritenendo preferibile optare, ferma restando la bontà della lettura funzionale della forma, per un inquadramento giuridico nel senso della mera «prova del raggiungimento dello scopo perseguito dalla forma. (...) la mancanza della firma della banca che dal profilo strutturale potrebbe essere una mancanza rilevante, dal profilo funzionale costituisce una carenza che non ha inciso in alcun modo sulla realizzazione dello scopo della regola, vale a dire assicurare la piena informazione della parte debole. (...) Di qui appunto la contrarietà a buona fede di un tale comportamento, buona fede che paralizza la possibilità di far valere in concreto l'eccezione di nullità per la mancanza della sottoscrizione della sola banca».

⁽³⁴⁾ Sull'analisi funzionale della forma contrattuale si vedano per tutti: P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., *passim*; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 243 ss.; LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 113 ss.; *contra* per una lettura strutturale IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 20 ss.; e da ultimo PAGLIANTINI, *La forma nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti: textform, forme di protezione e struttura del contratto*, in *I «principi» del diritto comunitario dei contratti*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, p. 108 ss.

camente richiamando la disciplina generale sulla nullità. Ora, a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessari ai fini della validità del contratto-quadro»⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ E ancora rileva Cass., sez. un., 898/2018: «atteso che, come osservato da attenta dottrina, il requisito della forma *ex art.* 1325 c.c., n. 4, va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa, ne consegue che il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati. Si impone a questo punto un'ulteriore osservazione: tradizionalmente, alla sottoscrizione del contratto si attribuiscono due funzioni, l'una rilevante sul piano della formazione del consenso delle parti, l'altra su quello dell'attribuibilità della scrittura, e l'art. 2702 c.c., rende chiaro come la sottoscrizione, quale elemento strutturale dell'atto, valga ad attestare la manifestazione per iscritto della volontà della parte e la riferibilità del contenuto dell'atto a chi l'ha sottoscritto. Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione. Né l'interpretazione qui seguita incide sulla doverosa, specifica ponderazione con cui l'investitore sceglie di concludere il contratto-quadro né porta a concludere per un singolare contratto "a forma scritta obbligatoria per una sola delle parti e con effetti obbligatori solo per l'altra parte che nulla ha invece sottoscritto", scenario che non tiene conto della precipua ricostruzione imposta dalla normativa e che omette integralmente di considerare che la nullità può essere fatta valere solo dall'investitore. (*omissis*) L'interpretazione seguita è altresì in linea con le disposizioni dell'ordinamento Europeo, che nell'art. 19, par. 7 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento e del Consiglio del 21 aprile 2004 (Mifid 1), recepita dal d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, così come nell'art. 25, par. 5 della direttiva 2014/65/UE (Mifid 2), a cui è stata data attuazione con il d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, al fine di perseguire gli obiettivi di trasparenza e di tutela degli investitori, punta l'accento sulla registrazione del o dei documenti concordati, in tal modo evidenziandosi la necessità che risulti la verificabilità di quanto concordato. Né la conclusione muterebbe a ritenere ancora in vigore l'art. 39 della direttiva 2006/73/CE del 10/8/2006, con il riferimento all'accordo di base "scritto, su carta o su altro supporto durevole, con il cliente, in cui vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente"».

Si statuisce, quindi, che la nullità per difetto di forma – al pari dell'omessa consegna del documento contrattuale – è soggetta a nullità relativa protettiva: si tratta, invero, di precetti posti direttamente nell'interesse del cliente – soggetti al principio di proporzionalità – allo scopo di soddisfare le esigenze informative dello stesso, quale parte debole del rapporto contrattuale asimmetrico e solo indirettamente anche a tutela della regolarità e la trasparenza del mercato del credito.

Dalla lettura funzionale della forma informativa di cui all'art. 23 TUF e del principio di proporzionalità espressamente richiamato dalla Corte di Cassazione nel *decisum* che qui si commenta, discende, quindi, che esclusivamente la mancata sottoscrizione del solo cliente – *contraente debole* – può porsi in contrasto con la *ratio* della normativa in parola, in quanto indice della mancata conoscenza delle condizioni contrattuali, soggetta a *nullità relativa protettiva* del contratto. Viceversa la mancata sottoscrizione dell'intermediario, che è il soggetto contro cui il cliente può eccepire la nullità relativa, non pare potersi considerare lesiva dell'interesse del contraente debole tutelato dall'art. 23 TUF.

Il principio di diritto elaborato dalla Suprema Corte e *supra* riportato per esteso, non menziona espressamente il caso analogo disciplinato dall'art. 117 TUB in materia di contratti bancari: tuttavia, proprio in ragione dell'*eadem ratio* protettiva del contraente debole nei contratti asimmetrici bancari e nei contratti asimmetrici di investimento di cui all'art. 23 TUF, si ritiene applicabile ad avviso di chi scrive, analoga *regula iuris*.

Le sentenze della Corte di Cassazione SS. UU. citate offrono, quindi, lo spunto per analizzare *ex funditus* il tema controverso della *forma informativa nel contratto asimmetrico* e il correlato problema del *contratto monofirma, bancario e di investimento*.

4. – Per quanto riguarda il profilo dell'imputabilità della dichiarazione scritta occorre formulare i seguenti rilievi.

L'atto negoziale che deve manifestarsi in una forma vincolata, dovendo necessariamente esserne rivestito, dev'esser pure nella prescritta forma imputabile a colui al quale l'atto sia riconducibile.

Nell'ipotesi di imposizione della forma scritta del contratto, non soltanto il contenuto minimo del regolamento contrattuale dovrà risultare dal testo, ma quest'ultimo dovrà nella medesima forma essere fatto proprio dai contraenti.

Da qui la necessità, in generale, della sottoscrizione quale tecnica di manifestazione in forma scritta della volontà del contratto e dei relativi effetti, quale criterio regolare di imputazione della paternità dello scritto

all'autore ⁽³⁶⁾: sottoscrizione che costituisce la concreta modalità con cui l'autore, in forma scritta, rende riconducibile l'atto a sé, facendolo proprio in uno con gli effetti di quello ⁽³⁷⁾.

Ove sia prevista la forma scritta del contratto, la sottoscrizione di tutti i contraenti è, in linea di principio, indispensabile, mentre non lo è la redazione del testo a cui può provvedere anche un terzo, fino al limite del biancosegno.

La firma autografa, elettronica o digitale attesta il consenso al regolamento contrattuale di colui che la appone, quale forma scritta di manifestazione della volontà dei relativi effetti e, dunque, tecnica e criterio di imputazione.

Tuttavia, nel caso in cui manchi sul documento contenente il regolamento contrattuale, la sottoscrizione ammette equipollenti ⁽³⁸⁾ oltre che criteri di imputazione alternativi: non si ritiene, infatti, che sottoscrizione sia parte integrante del regolamento contrattuale né occorra la contestualità delle firme dei contraenti ⁽³⁹⁾.

La sottoscrizione che costituisce manifestazione scritta della volontà dell'atto negoziale può in alternativa all'apposizione contestuale in calce al documento contrattuale essere:

⁽³⁶⁾ Si veda per tutti sul tema dell'imputazione del testo contrattuale all'autore: ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997.

⁽³⁷⁾ LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 58 e p. s.; e CARPINO, *Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 805 ss. Si è parlato in proposito di "crisi della sottoscrizione" alludendo all'individuazione di equipollenti (v. PAGLIANTINI, *Commento sub art. 1350 c.c.*, cit., p. 99 ss.) o alla crisi della sottoscrizione autografa essendo questa così come il documento cartaceo sostituita da un "apparato tecnico" nella funzione attributiva dello scritto a un soggetto (ID., *op. ult. cit.*, 102 ss.; e ID., *La forma nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*: Textform, forme di protezione e struttura del contratto, ne I «principi» del diritto comunitario dei contratti. *Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, 95 ss.).

⁽³⁸⁾ Cass., 11 maggio 1983, n. 3262, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, e Cass., 13 luglio 1993, n. 7747, *ivi*, 1993, p. 1170. Sempre che non si accolga il restrittivo indirizzo che nega che la sottoscrizione del documento in cui si raccolga il regolamento contrattuale abbia equipollenti: sul già accennato contrasto di orientamenti che si registra in dottrina e in giurisprudenza CATALANO, *Contratti solenni, forma scritta ad substantiam in funzione protettiva ed equipollenti della sottoscrizione: note critiche*, note a App. Bologna, 14 maggio 2015, Trib. Napoli, 24 febbraio 2015, Trib. Catania, 27 gennaio 2015, Trib. Napoli, 22 gennaio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 21 ss. e, *ivi*, p. 22 ss.

⁽³⁹⁾ RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, passim; SACCO, *La forma*, in *Il contratto*, a cura di Sacco e De Nova, *Tratt. dir. Privato*, diretto da Rescigno, 10, II, Torino, 2002, p. 291 ss. e, *ivi*, p. 301. Sulla necessità delle sottoscrizioni di tutti i contraenti si veda Barbero, *Sulla produzione in giudizio della scrittura privata non sottoscritta*, in *Foro pad.*, 1951, p. 1251 ss. e, *ivi*, p. 1253 s.

(i) apposta a un diverso documento ⁽⁴⁰⁾ contenente dichiarazioni del contraente che, espressamente o implicitamente possano ritenersi espressione della volontà di fare proprio il separato regolamento contrattuale ⁽⁴¹⁾;

(ii) sostituita dalla produzione in giudizio ⁽⁴²⁾ del documento il regolamento contrattuale non sottoscritto, a cui la parte interessata provveda per avvalersi dell'atto e sanare con effetti *ex nunc* il rapporto: equipollenza controversa ammessa da parte della giurisprudenza anche con riguardo ai contratti da farsi in forma scritta a pena di nullità ⁽⁴³⁾.

In materia di contratti aventi ad oggetto servizi bancari e finanziari ⁽⁴⁴⁾, come pure servizi di investimento o accessori ⁽⁴⁵⁾, si sono recentemente affermati orientamenti più moderni in ordine alla forma rispetto alla tradizionale *lettura strutturale* – ancorata alla sottoscrizione bilaterale – aperti a una *lettura funzionale*, che ritengono che la prescrizione della forma scritta a pena di nullità del contratto sia rispettata anche quando questo sia redatto per iscritto e sia sottoscritto – anche soltanto – dal cliente essendo la previsione formale stabilita nell'interesse esclusivo di

⁽⁴¹⁾ Cass., 10 maggio 1996, n. 4400, in *Riv. notar.*, 1996, p. 1497 ss., e Trib. Imperia, 13 marzo 2006, n. 26, in *Il merito*, 2006, f. 11, p. 45: occorre, però, che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà di contrarre (v., anche per ulteriori riferimenti, Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, p. 1168, ove si aggiunge che è richiesta l'estrinsecazione formale diretta della volontà contrattuale delle parti), di cui parrebbe priva per esempio l'attestazione di pagamento seppur sottoscritta da ambo le parti (v., Cass. 12 novembre 2013, n. 25424, in *Giust. civ. Mass.*, 2013).

⁽⁴²⁾ Cass., 11 marzo 2000, n. 2826, in *Contr.*, 2000, 1093 ss.

⁽⁴³⁾ Cass., 27 maggio 2003, n. 8423, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, e Cass., 11 marzo 2000, n. 2826, cit., 1093 ss.; da ultimo Cass. 24 marzo 2016, n. 5919, cit., che si segnala per aver evidenziato le caratteristiche che la documentazione deve avere affinché la produzione in giudizio possa ritenersi equipollente della sottoscrizione del contratto.

⁽⁴⁴⁾ Ritengono sufficiente la sottoscrizione del solo cliente nei contratti bancari: v. Trib. Messina, 8 maggio 2015, in *Redaz. Giuffré*, 2016; Trib. Reggio Emilia, 28 aprile 2015, ivi, 2015; Trib. Napoli, 24 febbraio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 16; Trib. Mantova, 28 ottobre 2015, 2016, che ritiene addirittura l'onere formale sia soddisfatto dalla mera dichiarazione del cliente alla Banca di avere ricevuto copia del contratto; e Trib. Massa, 26 giugno 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 683, per cui un contratto bancario potrebbe essere validamente concluso anche per *facta concludentia*, purché accessorio rispetto ad altro. *Contra*, v. Tnb. Mantova 13 marzo 2006; Trib. Reggio Emilia, 25 agosto 2015; e Trib. Napoli, 22 gennaio 2015, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 17.

⁽⁴⁵⁾ Ritengono sufficiente la sottoscrizione del solo cliente nei contratti di investimento: v. Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, cit.; App. Venezia, 28 luglio 2015, cit.; Trib. Milano 12 novembre 2013, cit.; Trib. Mantova, 16 febbraio 2016, cit.; Trib. Rimini, 3 marzo 2016, cit. *Contra*, *ex multis* v. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, cit.; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; App. Torino, 20 gennaio 2012; App. Bologna, 8 marzo 2012, cit.; App. Milano, 27 marzo 2013, cit.; App. Bologna 14 maggio 2015; Trib. Roma, 29 settembre 2014; Trib. Mantova, 16 febbraio 2016.

quest'ultimo e per tale ragione qualificabile in termini di forma di protezione stabilita in favore del cliente.

Gli artt. 117, commi 1 e 3, TUB e 23, comma 1, TUF – che disciplinano rispettivamente i contratti bancari e finanziari, con formule sovrapponibili che rendono ammissibile nel *contratto asimmetrico* la *sottoscrizione unilaterale del contraente debole* – statuiscono in consonanza tra loro i seguenti requisiti essenziali della *forma informativa*:

(i) redazione del contratto per iscritto da parte del predisponente-contraente forte;

(ii) consegna da parte del predisponente-contraente forte di un *esemplare* del contratto al contraente debole.

L'inosservanza del precetto di forma informativa predetto viene sanzionato, come noto, con la nullità relativa protettiva del contraente debole.

In senso critico all'orientamento liberale che ammette la validità del contratto formale predisposto con *sottoscrizione unilaterale del solo contraente debole* si è osservato quanto segue: «Tale indirizzo non è del tutto disinteressato, radicalmente noncurante dell'accennata incidenza della forma scritta e della sottoscrizione nel momento costitutivo, genetico del vincolo, ma è contrassegnato da una marcata eccentricità rispetto alla tradizione sotto un duplice profilo. Infatti, da un lato, svaluta la rilevanza strutturale dell'una e dell'altra, ponendola sul fondo, accreditando un'inconsueta prevalenza del connotato funzionale della previsione del requisito formale che trascura che neppure il rifiuto di una visione rigidamente normativa e strutturale conduce al primato di un approccio squisitamente funzionale. Dall'altro lato, opera una riduzione dell'articolazione (o complessità) delle funzioni della forma vincolata, risolvendola nell'esclusività del fine di protezione d'una delle parti del rapporto negoziale» (46).

Si è, inoltre, osservato criticamente, sia rispetto all'eccesso di funzionalizzazione della forma che giunge – nel polimorfismo caratterizzante il nuovo paradigma *postmoderno ed europeo* del diritto dei contratti – sino

(46) GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *questa rivista*, 2016, p. 1486; *contra* Trib. Milano 12 novembre 2013, secondo cui trattandosi di forma protettiva del solo cliente, quella prevista dall'art. 23 TUF, se il contratto, completo nel suo contenuto cartaceo, sia unicamente privo della sottoscrizione da parte della banca «non potrebbe il cliente rinvenire in ciò alcuna lesione del proprio interesse sostanziale, atteso che, da un lato, è mancanza che non priva di contenuto il contratto e la conoscibilità per il cliente delle regole in esso scritte, e dall'altro la mera carenza formale di firma non potrebbe in ogni caso legittimare la Banca, né a impugnare il contratto quadro dalla stessa predisposto, sottraendosi – per tale ragione – alle regole in esso sancite (il che è vietato dall'art. 23 comma 3 TUF), né a impugnare la singola operazione negoziale già posta in essere in adempimento di detto mandato».

alle conseguenze estreme dell'elisione del rilievo strutturale che in relazione all'opinabile «iato tra forme ad evidenza strutturale (rilevanti in termini di nullità testuale, assoluta e definitiva) e forme ad evidenza informativa (serventi una nullità virtuale, relativa e di *pleno iure*)» (47).

Tuttavia, nonostante le perplessità *supra* evidenziate, di parte della dottrina, non si ritiene potersi negare la funzionalizzazione della nuova *forma informativa* che non si può, quindi, più tralazientemente e dogmaticamente ricondurre alla tradizionale disciplina della forma *ad substantiam* – né ridurre automaticamente a *forma modulo* che non richiede di essere sottoscritta – ma occorre rileggere con la giusta flessibilità richiesta dal nuovo ordinamento settoriale italo-comunitario e consentita dalla moderna lettura funzionale-assiologica.

D'altra parte numerosi sono gli indizi di tale diversità ontologica tra le due tipologie formali e pure non mancano indizi in ordine alla progressiva attribuzione di rilevanza giuridica anche al solo contratto redatto per iscritto e sottoscritto da una sola parte, tendenzialmente quella debole, oppure attribuendo rilievo all'inizio dell'esecuzione anche nel caso di contratto soggetto all'onere di forma scritta.

Depongono a favore della non esclusività della *sottoscrizione* quale criterio di imputazione della volontà (48), le seguenti discipline contrattuali: (i) contratto per condizioni generali *ex art.* 1341 Codice Civile; (ii) contratto telefonico *ex art.* 51.6 Codice del Consumo; (iii) contratto di subfornitura nella l. 192/1998.

5. – Pur tenendo presente le differenze esistenti tra credito bancario e servizi di intermediazione mobiliare, in particolare in relazione alla diversa posizione del cliente, che nell'intermediazione mobiliare agisce quale risparmiatore, dunque soggetto al rischio, che l'intermediario dovrebbe tutelare, mentre nelle operazioni creditizie è prenditore di fondi altrui, così costituendo il medesimo cliente un rischio per la banca – oltre che per il sistema bancario in ragione del *merito creditizio* del debitore (49) –

(47) PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 102.

(48) Sul tema dei referenti normativi che depongono a favore di un'apertura al fenomeno negoziale del contratto bancario e di investimento monofirma mi sia consentito rinviare *amplius* alla recente monografia dello scrivente: TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., p. 173 ss.

(49) «Questa diversa allocazione del rischio e dei ruoli si riflette sulla diversa formula dell'art. 21 lett. a) TUF rispetto all'art. 120 *septies*, lett. a), TUB: il primo impone all'inter-

non si possono, tuttavia, sottacere significativi punti di contatto sotto il profilo dell'*asimmetria contrattuale* e della *forma informativa*, che qui si indagano.

Si tratta, invero, di attività contrattuali caratterizzate in entrambe i casi:

- da un lato, dal principio di adeguatezza e coerenza;
- dall'altro, dalla necessaria istruttoria interna preliminare sottoposta alle regole di vigilanza di Banca d'Italia per l'attività bancaria e Consob per l'attività di intermediazione finanziaria.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'informazione precontrattuale, la trasparenza e gli obblighi di appropriatezza del servizio fornito, bancario o finanziario, segnano come già osservato il passaggio dal contratto completo al *contratto adeguato*: tale profilo rileva sia nei contratti bancari – come segnalato dall'art. 124, comma 5, TUB – che a *fortiori* in relazione agli obblighi di adeguatezza e appropriatezza peculiari dei servizi di investimento in cui si registra la massima estensione del fenomeno (segnalati dall'art. 6.2 TUF e specialmente dagli art. 40 e 42 del *Regolamento Intermediari* attuativo del TUF rispettivamente disciplinanti i *principi di adeguatezza* nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafogli e *appropriatezza* nella prestazione di servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli) ⁽⁵⁰⁾.

Per quanto riguarda il secondo profilo, l'articolata istruttoria bancaria (art. 120 *novies* TUB) e finanziaria (art. 21 TUF, c.d. *know your customer rule*), che deve precedere la conclusione del contratto, parrebbe costituire un possibile criterio di imputazione della volontà della banca e dell'intermediario, alternativo a quello tradizionale della sottoscrizione, anche se in dottrina non sono mancati rilievi critici in merito a tale impostazione non ritenuta di per sé sufficiente ad ammettere la *sottoscrizione unilaterale* della parte debole ⁽⁵¹⁾.

mediario di svolgere (tutti) i servizi di investimento per - seguendo *al meglio* l'interesse del cliente anche a scapito del proprio; il secondo utilizza una formula diversa: esso prescrive che la banca, o l'intermediario del credito, tenga "*conto dei diritti e degli interessi*" del potenziale finanziato, ossia valuti la possibilità che quest'ultimo non acceda a rapporti creditizi che non sia in grado di restituire (profilo, che, a ben vedere, ha comunque riguardo all'interesse della banca)": così LA ROCCA, *op. cit.*, 32.

⁽⁵⁰⁾ Così DE POLI, *La contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Padova, 2012, p. 128 ss.

⁽⁵¹⁾ *Contra*, LA ROCCA, *op. cit.*, p. 34 secondo cui: "prima di istaurare il rapporto di intermediazione mobiliare il soggetto abilitato deve procedere – al pari di quanto accade prima della costituzione di un rapporto creditizio – ad una serie di verifiche preparatorie. La

Si è rilevato criticamente, avverso la ricostruzione unilaterale della forma informativa nel contratto asimmetrico bancario e finanziario oggetto della presente indagine, che la sottoscrizione del contratto ad opera del funzionario – della banca o dell’intermediario finanziario – legittimato a tal fine alla stregua dell’organizzazione e delle procedure interne, sarebbe unico segno ammesso ad esprimere inequivocamente il positivo perfezionamento delle procedure interne e la conseguente esternazione della “volontà” della banca o dell’intermediario finanziario in ordine alla natura, al costo e al rischio connessi al contratto: tale assunto non pare dirimente.

Non pare ostantiva a dare adeguato rilievo, come si vedrà *amplius infra*, al fenomeno dell’asimmetria della sottoscrizione, in linea con la forma protettiva *ex uno a latere*, la circostanza che l’istruttoria preliminare abbia prevalente rilievo interno – tracciato e documentato in base alle regole di vigilanza – e solo il documento contrattuale, predisposto dalla banca o dall’intermediario finanziario, rilievo esterno: tale processo complesso – interno ed esterno – trova, infatti, ad avviso di chi scrive, composizione proprio nel fenomeno della predisposizione contrattuale caratterizzante il contratto asimmetrico.

A tacere del fatto incontrovertibile che la Banca e l’intermediario finanziario possono perfezionare la concessione del credito o il contratto di servizi di investimento proprio in ragione e solamente al termine del preliminare procedimento istruttorio interno di valutazione del merito creditizio o del profilo di rischio dello specifico cliente, che mediante la *predisposizione unilaterale individuale* del contratto da parte del contraente forte, banca o intermediario finanziario che sia, trova la via per produrre anche effetti esterni.

Corre l’obbligo di rilevare, infatti, sin da ora, che, in tale specifico contesto negoziale, la predisposizione materiale e dichiarativa estrinsecantesi nel modulo contrattuale stampato su carta intestata della banca o dell’intermediario finanziario pare sufficiente a surrogare la sottoscrizione da parte del funzionario autorizzato, certamente non vietata ma nemmeno essenziale – con riferimento ai contratti asimmetrici bancari e finanziari – per le ragioni che esamineremo ulteriormente *infra*.

conclusione del contratto con il cliente può aver luogo solo se tali verifiche abbiano avuto esito positivo. La sottoscrizione del contratto da parte del rappresentante dell’intermediario segnala il positivo completamento delle procedure preliminari qui brevemente richiamate. Con quella sottoscrizione il rappresentante della banca attesta questo positivo completamento e se ne assume le conseguenti responsabilità verso la banca ed i terzi, ivi comprese le autorità di vigilanza. Per questi motivi – deve aggiungersi – la banca deve conservare una copia del contratto sottoscritto dal suo rappresentante”.

Con riferimento al documento contrattuale così predisposto, infatti, a parere di chi scrive, non pare potersi fondatamente escludere – se non in ossequio a un rigido formalismo non ancorato alla funzione protettiva in relazione alla quale tale onere formale è stato previsto dal legislatore come risulta chiaramente dall'applicazione della sanzione della nullità relativa e non assoluta – analogo affidamento in ordine all'imputabilità del documento contrattuale predisposto, al termine dell'istruttoria interna, ma non sottoscritto dal funzionario incaricato ad effetto esterno, funzionario che avrà, in ogni caso, sottoscritto partecipato *all'iter deliberativo* interno alla banca o all'intermediario finanziario).

Si ribadisce, quindi, che l'istruttoria interna – opportunamente documentata e tracciata anche in relazione all'*iter* deliberativo seguito e all'analisi di merito effettuata – avrà certamente evidenza interna ai sensi delle normativa di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob ma produrrà, indirettamente, riflessi esterni attraverso la predisposizione unilaterale del contratto in termini conformi alla delibera di approvazione della richiesta del cliente, all'esito dei necessari e prodromici passaggi istruttori interni previsti dalla normativa di vigilanza applicabile.

Né pare dirimente il rilievo critico che contratti bancari e contratti del mercato finanziario non sono – o non dovrebbero essere – solo *forme modulo* che veicolano informazioni standardizzate, ma costituiscono *forme personalizzate* ed in quanto tali necessitano della sottoscrizione dell'intermediario bancario e finanziario ⁽⁵²⁾: il fenomeno della predisposizione, come si vedrà *infra*, non è, infatti, incompatibile con la personalizzazione richiesta dalla normativa di vigilanza che può ben realizzarsi attraverso la *predisposizione unilaterale individuale*.

Pare, per vero, preferibile la lettura interpretativa dominante in punto di *neoformalismo*, contrattuale che ritiene indebolita – con evidenti conseguenze anche sotto il profilo della non necessità della sottoscrizione dell'impresa – la funzione della forma quale *vestmentum* del consenso, in forza di una prevalente funzione protettiva di veicolo di informazioni connotato da oggettività ⁽⁵³⁾.

Si è già avuto modo di rilevare *supra* che l'imputazione del testo manifestato attraverso forma scritta può avvenire oltre che mediante l'ordinaria sottoscrizione del documento anche attraverso criteri di imputa-

⁽⁵²⁾ PAGLIANTINI, *Forme e formalismo*, cit., p. 67.

⁽⁵³⁾ MODICA, *op. ult. cit.*, p.199.

zione – alternativi – come ammesso anche dalla giurisprudenza di Cassazione ⁽⁵⁴⁾.

Ma vi un ulteriore criterio di imputazione alternativo, non sopravvenuto ma già in sede di formazione del contratto, poco indagato – quasi sottovalutato – da dottrina e giurisprudenza, che merita, invece, ulteriore approfondimento.

Il riferimento è al *contratto asimmetrico monofirma*, predisposto dal contraente forte e non sottoscritto da entrambi i contraenti: in buona sostanza si tratta di verificare se la predisposizione unilaterale – di massa o individuale – possa essere correttamente adottata quale criterio di imputazione della paternità – alternativo alla sottoscrizione – del documento predisposto unilateralmente per iscritto ma non sottoscritto anche dal predisponente bensì solo dall'aderente-contraente debole.

In altre parole si tratta di verificare se, nel contesto della contrattazione asimmetrica di cui il fenomeno della predisposizione unilaterale è parte integrante, sia dato ammettere l'osservanza del precetto di forma informativa mediante predisposizione e consegna di contratto scritto, sottoscritto dal solo cliente-aderente ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ È il caso della produzione giudiziale del contratto – con effetti *ex nunc*. Sulla formazione giudiziale dei contratti solenni si veda *amplius* ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997, p. 385. L'a. acutamente osserva (op. cit., p. 391) che: «Il giudice è chiamato ad interpretare il contenuto (cioè il significato) del verbale di cancelleria (ma potrebbe dirsi lo stesso per qualsiasi altra figura documentale, compresa tra gli atti pubblici o le scritture private) in sé perfettamente idoneo ad integrare una documentazione valida a prescindere dalla sottoscrizione della parte. Se elemento necessario e sufficiente della forma è che la volontà sia trasfusa in una idonea modalità documentativa, allora non sembrano esservi ostacoli alla rilevanza della manifestazione ancorché tacita o per fatto concludente, ricavabile dal documento. (...) Ne discendono questi corollari: a) che la produzione in giudizio della scrittura con una sola firma può suscitare la confessione della parte avversa e determinare così la prova della forma (con effetto *ex tunc* dal momento della conclusione del contratto); b) che ogni atto formale appare idoneo a manifestare la volontà di accettazione, anche in via tacita o concludente (qui l'effetto sarà *ex nunc* dal tempo della ricezione dell'atto da parte dell'altro contraente)». Cui *adde* in senso favorevole all'orientamento giurisprudenziale sulla sostituibilità della firma con la produzione del documento in giudizio C. M. BIANCA, *In tema di forma del negozio solenne*, cit., p. 482 ss.; e M. ANNUNZIATA, *La produzione in giudizio di scrittura firmata da una sola parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 91 ss.

⁽⁵⁵⁾ Ritengono sufficiente la sottoscrizione del solo cliente v. Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, cit.; App. Venezia, 28 luglio 2015, cit.; Trib. Milano 12 novembre 2013, cit.; Trib. Mantova, 16 febbraio 2016, cit.; Trib. Rimini, 3 marzo 2016, cit. *Contra, ex multis* v. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, cit.; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; App. Torino, 20 gennaio 2012; App. Bologna, 8 marzo 2012; App. Milano, 27 marzo 2013; App. Bologna 14 maggio 2015; Trib. Roma, 29 settembre 2014; Tnb. Mantova, 16 febbraio 2016.

Il fenomeno della predisposizione non è incompatibile, come rilevato da attenta dottrina ⁽⁵⁶⁾, né con l'imputazione alternativa alla sottoscrizione mediante consegna al cliente né con la personalizzazione del contratto bancario e finanziario: infatti la predisposizione può anche essere individuale e personalizzata come nel caso della valutazione di adeguatezza che la banca e l'intermediario predispongono individualmente per lo specifico cliente.

Né pare insuperabile il rilievo di impegnare la banca sotto il profilo formale: in quanto soggetti vigilati l'*iter* deliberativo – in relazione a banche e intermediari finanziari – è sempre documentato all'interno della banca e sono note le responsabilità assunte in ordine alla profilazione del cliente; così pure il potere di firma è attribuito nella delibera dei poteri normalmente al direttore di filiale per l'attività ordinaria e secondo regole analitiche precisate nei poteri di delibera in appositi regolamenti vincolanti interni alla banca deliberati dall'Amministratore Delegato, Direttore Generale a seconda delle deleghe e i poteri ripartiti in base alle regole di diritto societario e le delibere di CdA.

La risposta in ordine al quesito posto circa la compatibilità – con riferimento ai contratti asimmetrici – della predisposizione unilaterale congiunta alla *traditio* del contratto predisposto al cliente pare, quindi, doversi considerare in senso affermativo per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, l'ambito di applicazione di tale criterio di imputazione alternativo è quello dei contratti asimmetrici ossia di contratti caratterizzati da uno squilibrio tra le parti che richiede protezione del soggetto svantaggiato. Tale protezione – di regola anche se non sempre – viene soddisfatta dall'utilizzo del precetto di forma informativa necessaria: forma funzionalmente asservita alla tutela appunto del soggetto più debole, svantaggiato rispetto al contraente forte, nel caso di specie Banca o intermediario finanziario.

In secondo luogo, il contratto asimmetrico è contratto predisposto unilateralmente, proprio in ragione dell'asimmetria fondante la categoria negoziale stessa, al contraente forte che impone condizioni generali e individuali al cliente. Condizioni generali e individuali di contratto predisposte unilateralmente dal contraente forte su moduli intestati al predisponente.

⁽⁵⁶⁾ MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 466 ss.

In terzo luogo, al predisponente è fatto obbligo della consegna, *traditio*, del contratto scritto al cliente (art. 23, comma 1, TUF e artt. 37-38 Regolamento intermediari per i contratti finanziari e 117 TUB per i contratti bancari): la consegna del contratto è espressione della volontà del predisponente di fare proprio il contenuto negoziale anche in assenza della sottoscrizione del medesimo.

Infine, il *precetto di forma informativa* è compatibile con il *criterio di imputazione alternativo* alla sottoscrizione risultante dal combinato disposto di predisposizione individuale seguita da *traditio* del contratto predisposto: forma e imputazione del documento, ad un attento esame, non sono, infatti, concetti sovrapponibili sebbene possano apparire *prima facie* come tali.

Il contratto predisposto unilateralmente per iscritto è, quindi, imputabile al predisponente per il sol fatto di essere espresso su modulo contrattuale stampato - intestato alla banca o intermediario finanziario predisponente - ed emesso con la consegna al cliente da parte del funzionario abilitato ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁷⁾ Secondo Cass. 24 marzo 2016, n. 5919: «La stipulazione del contratto non può viceversa essere desunta, per via indiretta, in mancanza della scrittura, da una dichiarazione quale quella nella specie sottoscritta dalla M.: “Prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi”. La verifica del requisito della forma scritta *ad substantiam* si sposta qui sul piano della prova (è la stessa banca ricorrente, del resto, a riconoscerlo), ove trova applicazione la disposizione dettata dal codice civile che consente di supplire alla mancanza dell'atto scritto nel solo caso previsto dall'art. 2725 c.c., comma 2, che richiama l'art. 2724 c.c., n. 3: in base al combinato disposto di tali norme, la prova per testimoni di un contratto per la cui stipulazione è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, è dunque consentita solamente nell'ipotesi in cui il contraente abbia perso senza sua colpa il documento che gli forniva la prova del contratto. E la preclusione della prova per testimoni opera parimenti per la prova per presunzioni ai sensi dell'art. 2729 c.c., nonché per il giuramento ai sensi dell'art. 2739 c.c. Interdetta è altresì la confessione (Cass. 2 gennaio 1997, n. 2; Cass. 7 giugno 1985, n. 3435) quale, in definitiva, sarebbe la presa d'atto, da parte della M., della consegna dell'omologo documento sottoscritto dalla banca. D'altronde, la consolidata giurisprudenza di questa Corte esclude l'equiparazione alla “perdita”, di cui parla l'art. 2724 c.c., della consegna del documento alla controparte contrattuale. Nell'ipotesi prevista dalla norma, difatti, il contraente che è in possesso del documento ne rimane privo per cause a lui non imputabili: il che è il contrario di quanto avviene nel caso della volontaria consegna dell'atto, tanto più in una vicenda come quella in discorso, in cui non è agevole comprendere cosa abbia mai potuto impedire alla banca, che ha predisposto la modulistica impiegata per l'operazione, di redigere il “contratto quadro” in doppio originale sottoscritto da entrambi i contraenti. È stato al riguardo più volte ripetuto che, in tema di contratti per cui è prevista la forma scritta *ad substantiam*, nel caso in cui un contraente non sia in possesso del documento contrattuale per averlo consegnato all'altro contraente, il quale si rifiuti poi di restituirlo, il primo non può provare il contratto avvalendosi della prova testimoniale, poiché non si verte in un'ipotesi di perdita incolpevole del documento ai sensi dell'art. 2724 c.c., n. 3, bensì di

Ad effetto esterno il tema dei poteri del funzionario è irrilevante per l'affidamento che la consegna del contratto predisposto al cliente genera in quest'ultimo: il problema dei poteri è semmai un fatto interno nel caso di specie.

La giurisprudenza ricorre, infatti, senza esitazioni alla presunzione *tranchant* per cui l'imprenditore è da considerarsi responsabile per gli atti compiuti in suo nome da qualsiasi persona da lui incaricata, giungendo a ritenere applicabile l'art. 2208 c.c. anche ai c.d. *ausiliari atipici*, ossia, ai dipendenti che, in virtù della loro posizione, si trovano a concludere affari con terzi⁽⁵⁸⁾.

Il principio dell'apparenza del diritto non può tutelare l'affidamento del terzo contraente nel caso in cui la legge stabilisca speciali mezzi di pubblicità mediante i quali sia possibile controllare con l'ordinaria diligenza la titolarità e i limiti del potere altrui, come nel caso di società di capitali regolarmente costituite.

Tuttavia, nonostante l'enunciato principio, la giurisprudenza⁽⁵⁹⁾ pare incline a ricorrere, comunque, al principio di affidamento incolpevole del terzo sulla base del principio dell'apparenza del diritto, concedendo tutela al terzo in buona fede, nel caso in cui sia riscontrabile anche un compor-

impossibilità di procurarsi la prova del contratto ai sensi del precedente n. 2 di tale articolo (Cass. 26 marzo 1994, n. 2951; Cass. 19 aprile 1996, n. 3722; Cass. 23 dicembre 2011, n. 28639, la quale ha precisato che l'esclusione della prova testimoniale opera anche al limitato fine della preliminare dimostrazione dell'esistenza del documento, necessaria per ottenere un ordine di esibizione da parte del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c.; per completezza occorre dire che c'è un precedente di segno diverso, Cass. 29 dicembre 1964, n. 2974, ma si tratta di un'affermazione assai remota, isolata e per di più concernente una fattispecie in parte diversa)».

⁽⁵⁸⁾ Cass. civ., 15 marzo 2006, n. 5671; Cass. civ. 18 ottobre 1991, n. 11039, in Mass. Giur. It., 1991. Interessante, sul punto, è poi la già citata Cass. civ., 19 febbraio 1993, n. 2020, in Foro It., 1994, I, c. 159, che così ha stabilito: «Il principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento esige che chi lo invoca fornisca la prova di aver confidato senza sua colpa in una situazione ragionevolmente attendibile, anche se non conforme alla realtà, senza che occorra la sussistenza dell'ulteriore elemento costituito dal comportamento colposo del soggetto nei cui confronti è invocata l'apparenza; pertanto è imputabile all'imprenditore preponente l'atto di transazione con cui l'ausiliario preposto all'ufficio vendite provveda a definire un'insorta contestazione sui vizi della cosa venduta».

⁽⁵⁹⁾ Si veda *ex multis* Cass., 13 agosto 2004, n. 15743, in Foro it., 2004, I, c. 3318, secondo cui: «Il principio dell'apparenza del diritto può essere invocato anche nel caso in cui il terzo, contrattando con una società di capitali, sia in grado di verificare, sulla base dei pubblici registri, l'esistenza dei poteri di rappresentanza del soggetto che agisce in nome e per conto della società» e «In tema di rappresentanza, il terzo contraente ha soltanto la facoltà, e non anche l'obbligo, di controllare, a mente dell'art. 1393 c.c., se colui che si qualifichi rappresentante sia in realtà tale, sicché non basta il semplice comportamento ommissivo del terzo stesso per costituirlo in colpa nel caso di abuso della procura (o di mancanza della stessa), occorrendo, per converso, ai fini dell'affermazione che egli abbia agito senza la dovuta diligenza, il concorso di altri elementi».

tamento colposo del rappresentato tale da ingenerare nel terzo una ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato validamente conferito al rappresentante apparente ⁽⁶⁰⁾.

La tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi raggiunge poi la massima estensione proprio con riferimento al settore bancario in cui nessun dubbio, invece, sussiste in merito alla qualifica di institore del dirigente di banca preposto ad una filiale o succursale ⁽⁶¹⁾.

La forma, come noto, è il modo con cui viene estrinsecata la volontà negoziale, il modo esteriore per manifestare la volontà del dichiarante: la forma scritta del contratto richiede l'estrinsecazione mediante produzione di un documento scritto e l'ulteriore elemento dell'attribuzione di paternità, di regola, mediante sottoscrizione. Si ribadisce, tuttavia, che la sottoscrizione è altro rispetto alla manifestazione della volontà: è lo strumento tecnico di imputazione della volontà manifestata in una certa forma.

La sottoscrizione del predisponente non appartiene al procedimento di formazione se non è prevista dalla legge o voluta da una parte o dalle parti nell'esercizio dell'autonomia privata procedimentale: la sottoscrizione del soggetto abilitato predisponente può quindi mancare senza che l'assenza incida sul procedimento di conclusione del contratto ⁽⁶²⁾.

E ancora si è osservato che il "farsi per iscritto" dell'art. 1350 c.c. è, come osservato da attenta dottrina, un *tipo di simbolo* a prescindere dall'identità del dichiarante "quando dico forma scritta o forma orale non mi riferisco ad una *qualità del soggetto* ma dell'oggetto, cioè del simbolo" ⁽⁶³⁾: la sottoscrizione del contratto non riguarda la forma dello stesso, la sottoscrizione è altro dalla volontà espressa ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁰⁾ L'iscrizione nel registro delle imprese di eventuali limitazioni ai poteri dei suoi ausiliari per tutelarsi da eventuali pretese di terzi potrebbe, quindi, non rivelarsi sufficiente nel caso di comportamento colposo del rappresento: sul tema si veda, per tutti, GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *questa rivista*, 2009, p. 1137 ss.

⁽⁶¹⁾ Così giurisprudenza dominante: Cass., 19 aprile 2011, n. 8976; Cass., 25 luglio 2008, n. 2042; Cass., 22 febbraio 2002, n. 2573, in *Giur. it.*, 2002, c. 1648; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1819, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 554.

⁽⁶²⁾ MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 471.

⁽⁶³⁾ ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997, p. 84 il quale osserva inoltre che quando si dice che mancando l'autografia della sottoscrizione manca la forma dell'atto si cade in un equivoco di fondo «l'autografia non è un qualifica intrinseca del simbolo (non si ricava dall'ispezione della traccia), poiché designa propriamente l'associazione tra segno e soggetto, cioè la *paternità materiale*: estranea ai requisiti materiali dello scrivere (dell'esprimersi per simboli), l'autografia indica un nesso *eziologico* tra scritto e scrivente, la riferibilità del tratto grafico ad un determinato soggetto».

⁽⁶⁴⁾ Così MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 472.

Conseguentemente, nel caso in cui il contratto sia manifestato mediante predisposizione unilaterale individuale del contratto in forma scritta, pare assolto correttamente il precetto di forma informativa anche in assenza della sottoscrizione del predisponente purché si dia corso alla *consegna* al cliente del documento contrattuale stesso stampato su modulo intestato al predisponente così da consentirne l'inequivoca imputazione al medesimo ⁽⁶⁵⁾.

Il momento perfezionativo della dichiarazione si colloca, infatti, in una fase successiva alla semplice formulazione di un testo scritto (fase espressiva) che rimane modificabile sino a quando rimane nella sfera intangibile del titolare, ossia nel momento della definitiva sottrazione del testo scritto al proprio controllo (fase emissiva) che segna il passaggio da un progetto di dichiarazione a una dichiarazione negoziale in senso stretto ⁽⁶⁶⁾.

Nel caso di specie la declaratoria di nullità del contratto sottoscritto *ex uno a latere* da parte del cliente oppure, caso ancora più grave, ove la sottoscrizione non sia contestuale sullo stesso contratto predisposto, pare in entrambi i casi, non condivisibile e non richiesto dalla funzione protettiva della forma informativa – invero soddisfatta dalla *consegna*, da parte della banca o dell'intermediario finanziario, del contratto scritto – che deve appunto tutelare il soggetto svantaggiato e non divenire strumento di abuso di diritto da parte del contraente debole, in danno del predisponente ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Secondo DOLMETTA, *Strutture rimediali per la violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, in *I contratti*, 2008, p. 80 ss. la nullità prevista dall'ultima parte dell'art. 23 TUF sarebbe riferibile all'intera prima parte, quindi, sia all'obbligo della redazione per iscritto del contratto che all'obbligo di consegna di copia del contratto scritto; *cui adde* INZITARI e PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, p. 191 *Contra*, ALPA, *Commento all'art. 23*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, I, Padova, 1989, p. 263 ss.; e DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1998, p. 93 ss.

⁽⁶⁶⁾ ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997, p. 33 ss.

⁽⁶⁷⁾ Si tenga, inoltre, presente che l'art. 19, par. 7, dir. 2004/39 (Mifid I) e l'art. 25, par. 5, dir. 2014/65 (Mifid II), stabiliscono quanto segue «le imprese di investimento predispongono una registrazione che comprende il documento o i documenti concordati tra l'impresa di investimento ed il cliente»: precetto che dovrebbero depotenziare, se osservati, almeno de futuro le divergenze interpretativo in ordine al contratto asimmetrico bancario monofirma. Gli intermediari finanziari erano chiamati dalla Mifid I e sono chiamati dalla Mifid 2 a "registrare", ossia a conservare copia integrale dei contratti che concludono: copia del documento contrattuale, ossia del documento contenente l'intero contratto e non di copia della sola proposta o della sola accettazione. Solo così facendo è, infatti, consegnarne un esemplare al cliente al momento della conclusione del contratto o in un momento

Si è osservato che il nostro sistema positivo ammetterebbe tre casi in cui un documento scritto sia suscettibile di essere imputato a un soggetto ⁽⁶⁸⁾:

- il documento rappresenta il proprio autore attraverso un soggetto qualificato, il pubblico ufficiale rogante;
- il documento rappresenta il proprio autore attraverso la sottoscrizione del patronimico;
- il documento rappresenta il proprio autore attraverso l'indicazione del mittente ⁽⁶⁹⁾.

Per le suestiposte argomentazioni, il contratto asimmetrico – che è contratto predisposto unilateralmente basato su condizioni di contratto generali e clausole individuali – parrebbe segnare l'emersione di una quarta suggestiva e originale ipotesi di imputazione valevole per il solo predisponente:

il documento predisposto unilateralmente rappresenta il predisponente attraverso il modulo contrattuale stampato, intestato al predisponente, così da consentirne l'inequivoca imputazione al medesimo, congiuntamente alla *traditio* dello stesso al cliente.

successivo. Sul punto LA ROCCA, *La "forma informativa" ed il "potere dell'impresa di comandare il mercato": a margine di Cass. ord. 27 aprile 2017, n.10447 sul c.d. contratto monofirma, in Il Caso.it, 2017*, p. 15 ss. rileva in proposito criticamente in ordine al contratto monofirma che: «è il mancato adempimento di queste disposizioni da parte del sistema bancario, che in ossequio ad esse avrebbe dovuto modificare il procedimento interno di conclusione dei contratti: infatti, alla *fictio* del contratto concluso per corrispondenza tra persone lontane si sarebbe dovuto sostituire una diversa organizzazione della modulistica, che, oltre ad essere aderente a ciò che avviene in realtà, che vede la compresenza fisica di cliente e funzionario di banca, avrebbe consentito alle banche di possedere la copia del contratto firmata da entrambe le parti. Al contrario, i sistemi di *compliance* non sono stati pronti a modificare in tal senso la modulistica che era tradizionalmente impostata sullo schema della conclusione del contratto per corrispondenza solo per motivi fiscali: l'art. 24 della Tariffa Allegato A – Parte II, D.P.R. n. 642/72, inserisce tra gli "atti e scritti soggetti all'imposta di bollo solo in caso d'uso", "gli atti indicati nell'art. 2, se predisposti sotto forma di corrispondenza commerciale... anche se contengono clausole di cui all'art. 1341 codice civile". Dunque, con lo schema della "corrispondenza commerciale" – come si ripete: una vera e propria *fictio* – si pensò di "aggirare" imposta di bollo richiesta dall'art. 2 cit. e imposta di registro».

⁽⁶⁸⁾ ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997, p. 336. L'a. osserva, inoltre, che la forma *ad substantiam* non richiede sempre la sottoscrizione della parte, così da ammettersi anche un atto formale non sottoscritto e la sottoscrizione non deve essere sempre autografa a pena di nullità essendo ammessi anche criteri di imputazione alternativi. Inoltre l'a. (*op. cit.*, p. 389) pare propenso a non escludere né il contratto solenne *per facta concludentia* rappresentato da idoneo documento: forma necessaria non equivale a forma espressa. Si veda in tal senso anche IRTI, *Testo e contesto*, cit., p. 75; e C. M. BIANCA, *Il contratto*, p. 115 e 296 secondo cui anche le dichiarazioni tacite di volontà possono assolvere all'onere di forma scritta.

⁽⁶⁹⁾ Il «consegnare o far consegnare» dell'art. 2705 c.c.

Ipotesi interpretativa che nella formulazione estensiva, richiede certamente ulteriore riflessione prima di potersi considerare acquisita, ma che potrebbe rendere applicabile – fatti salvi i casi in cui la legge richieda espressamente la sottoscrizione delle parti – la fattispecie del *contratto monofirma* a tutti i contratti asimmetrici in genere per effetto dell'essenziale compresenza degli elementi della predisposizione unilaterale del contraente forte e *traditio* al contraente debole del documento contrattuale predisposto su modulo intestato al predisponente.

Nell'ipotesi interpretativa restrittiva – limitata ai contratti asimmetrici bancari e di investimento – l'applicazione dell'originale criterio di imputazione alternativo alla sottoscrizione, sempre relativamente al solo predisponente, potrà, con maggior sicurezza, essere utilmente adottata anche al fine di mitigare il controverso fenomeno dell'abuso di diritto da parte del contraente debole mediante esercizio di azione di nullità selettiva per difetto di sottoscrizione da parte del contraente forte ⁽⁷⁰⁾.

Si tratta, invero, di applicare tale criterio nell'ambito circoscritto costituito dai quei contratti asimmetrici bancari e di investimento che sono normativamente caratterizzati, con massima intensità, dal fenomeno predispositivo, in forza dei *principi di adeguatezza e coerenza contrattuale*, tipici solo di questi: potere predispositivo che così viene specificamente declinato e rafforzato, rispetto ai generici contratti asimmetrici, da generale a individuale, da solo controllato *ex post* dall'Autorità Giudiziaria a vigilato anche *ex ante* dalle Autorità di controllo competenti, da completo e giusto ad adeguato e coerente.

6. – L'indagine svolta nel corso del presente studio ⁽⁷¹⁾ si ritiene abbia fondatamente messo in luce il rilievo autonomo – avvalorato dall'analisi dell'eterogenea normativa settoriale post-codicistica – della peculiare *for-*

⁽⁷⁰⁾ Sul tema si vedano: SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, *passim*; ID., *Il diritto europeo dei rimedi invalidità e inefficacia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, p. 847 ss.; SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010; GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 165 ss.; MALVAGNA, *Nullità di protezione e "nullità selettive"*. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 828 ss. e TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., p. 219 ss.

⁽⁷¹⁾ Si rinvia per ulteriori approfondimenti allo studio monografico TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., *passim*.

ma informativa del contratto asimmetrico rispetto alla forma *ad substantiam* tradizionale del contratto simmetrico di diritto comune.

Tale disamina consente, a prudente avviso di chi scrive, di pervenire, oltre alle tradizionali elaborazioni in punto di forma *ad substantiam*, *ad probationem* e *ad regularitatem* alla seguente ulteriore e moderna distinzione, che pur sempre nel quadro di una ricostruzione tendenzialmente unitaria delle forme contrattuali tenga conto della specialità della *forma informativa*.

Alla tradizionale forma *ad substantiam* del contratto, *forma strutturale* soggetta alla sanzione invalidante della *nullità assoluta* del Codice Civile, si ritiene potersi, quindi, ragionevolmente aggiungere, all'esito di una lettura assiologica moderna, costituzionalmente orientata, non dogmatica, del nuovo diritto contrattuale, la nuova *forma informativa* del contratto *asimmetrico*, *forma funzionale* posta, innanzitutto, anche se non esclusivamente, a tutela del contraente debole e, per tale ragione, soggetta al rimedio protettivo della *nullità relativa* della normativa settoriale post-codicistica⁽⁷²⁾.

Tale forma informativa funzionale, dai tratti speciali, pare doversi, si ribadisce, ritenere diversa ed autonoma rispetto alla forma tradizionale strutturale per la validità del contratto⁽⁷³⁾.

I precetti di forma sono differenti e non sono sovrapponibili; conseguentemente delle due l'una: o si è in presenza di un contratto soggetto a precetto di forma strutturale, segnalato dalla sanzione della nullità assoluta di diritto comune; oppure si è in presenza di un contratto soggetto a precetto di forma informativa, segnalato dalla sanzione, speciale, della nullità relativa protettiva⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷²⁾ Riconoscono la specialità della nullità relativa – accanto a nullità assoluta e annullabilità – consacrando la norma paradigmatica dell'art. 36 del Codice del Consumo le note sentenze Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243.

⁽⁷³⁾ Così in forza della condivisibile lettura assiologica P. PERLINGIERI, *Forma e formalismo degli interpreti*, cit., spec. p. 12 ss. e p. 59 ss.; P. PERLINGIERI, "Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. Dir. Civ.*, 2017, p. 204 ss.; MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *questa rivista*, 2011, p. 30 ss.; e da ultimo BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, cit., 149 ss.; *contra*, per una lettura marcatamente strutturale conforme al magistero irtiano, PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, p. 686.

⁽⁷⁴⁾ Si veda sul tema V. FRANCESCHELLI, *La nullità del contratto*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2015, *passim*; cui *adde* VENOSTA, *Nuovi profili della nullità*, in *ID.*, *Tre studi sul contratto*, cit. p. 211 ss.; ADDIS, "Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbl. Contratti*, 2012, p. 6 ss.; POLI-

Si è, inoltre, avuto modo di chiarire che nel Codice Civile le prescrizioni di contenuto sono residuali mentre nel nuovo diritto dei contratti costituiscono la regola: tali prescrizioni di contenuto filtrano dal *procedimento* nel contratto attraverso la *forma informativa*.

Sono evidenti – anzi si sublimano con massima intensità – i tratti caratterizzanti la nuova *forma informativa* anche nei contratti asimmetrici bancari e di investimento ⁽⁷⁵⁾: la funzione informativa e conformativa della forma contrattuale oltre alla natura asimmetrica ⁽⁷⁶⁾ essendo destinata a proteggere una parte soltanto, quella più debole e svantaggiata rispetto al soggetto forte predisponente il documento contrattuale.

La *forma informativa* non soddisfa esclusivamente la funzione di predeterminare inequivocamente i requisiti di forma-contenuto del contratto ma assicurando una compiuta conoscibilità dell'operazione economico-giuridica concorre anche, di riflesso, allo sviluppo di un mercato trasparente e concorrenziale ⁽⁷⁷⁾.

DORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001; GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa Dir. Privato*, 2011, p. 77 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, p. 89, in merito all'autonomia della nullità relativa rispetto quella assoluta ritiene necessario "configurare una categoria unitaria di nullità (e di invalidità)". Il metodo appropriato per ordinare e ricondurre a unità uno scenario normativo eterogeneo viene individuato nella teorica del «giusto rimedio» elaborata da P. PERLINGIERI, *Il « giusto rimedio » nel processo civile*, in *Giusto Processo Civile*, Napoli, 2011, 1 ss.; cui adde ID., *Regole del mercato e tutela dell'investitore: riflessioni a margine della MIFID*, in *Corti pugliesi*, 2008, p. 473 ss.: il rimedio «è soltanto uno strumento, e non rappresenta un valore», di modo che «la scelta del rimedio utile deve essere parametrata in virtù delle peculiarità del caso concreto» onde «verificare quali interessi sono effettivamente coinvolti, bilanciarli nella logica del sistema e, in ultimo, individuare la misura più adeguata per la loro tutela».

⁽⁷⁵⁾ Sulla ricostruzione approfondita dei tratti distintivi della forma informativa nei contratti asimmetrici bancari e di investimento si veda *amplius* TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018, *passim*, spec. p. 131 ss.

⁽⁷⁶⁾ Osserva MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto, Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit., p. 215 che: "A confermare tale asimmetria, il primo comma dell'art. 127 TUB ammette la derogabilità delle disposizioni in materia di trasparenza «solo in senso più favorevole al cliente», così assumendo (anche) le regole di forma carattere inderogabile solo dal lato del contraente forte, mentre l'aderente potrà validamente opporre alla banca anche una pattuizione orale, ove questa risulti per lui favorevole, nonché pretendere che sia la banca, obbligata alla documentazione del rapporto, a fornire prova dell'inconsistenza della pretesa del cliente, in ipotesi difforme da quanto avrebbe dovuto essere consacrato nello scritto".

⁽⁷⁷⁾ GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 20 ss., ivi p. 31, cui adde ROS. ALESSI, *Luci e ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, p. 7 ss., *ivi* p. 23 ss.

Nel quadro dell'evidente diversità delle regole inerenti i contratti bancari (TUB, da un lato) e contratti di investimento (TUF, dall'altro) è, tuttavia, dato registrare l'emersione, nella normativa settoriale post-codicistica, dei seguenti tratti comuni caratterizzanti la nuova *forma informativa* peculiare dei contratti asimmetrici *rectius* contratti predisposti unilateralmente dal contraente forte.

Innanzitutto, il ricorso alla scrittura del contratto con *funzione protettiva asimmetrica*, ossia a tutela del solo contraente debole, per contratti che, invece, il Codice Civile ammetterebbe anche orali: il farsi per iscritto mediante esercizio del potere di *predisposizione unilaterale*, del contratto redatto per scritto, da parte del contraente forte.

In secondo luogo, la predeterminazione normativa del contenuto informativo con funzione conformativa al modello contrattuale legale: il documento contrattuale, attraverso il ricorso allo strumento della forma informativa, cristallizza il *contenuto minimo* che il contratto deve inderogabilmente contenere ⁽⁷⁸⁾.

In terzo luogo, la funzione di trasparenza: intesa quale parte integrante del precetto di forma, comprensivo dei corollari di *chiarezza e leggibilità*, qualità essenziali documento contrattuale scritto.

In quarto luogo, la *funzione di completezza* del regolamento contrattuale con conseguente divieto di rinvio a fonti *extra* testuali: la completezza del documento contrattuale, comprensiva dei corollari di *omnicomprensività e autosufficienza*, costituisce fonte esclusiva del regolamento contrattuale.

In quinto luogo, la *funzione di conoscibilità effettiva* del regolamento contrattuale mediante *traditio* del documento contrattuale predisposto unilateralmente dal contraente forte: obbligo del predisponente, parte integrante della *forma informativa*, che assicura al contraente debole il *possesso* del contratto stesso.

Predisposizione unilaterale del documento contrattuale – redatto per iscritto – e *traditio* del documento stesso al contraente debole che, con-

⁽⁷⁸⁾ L'art. 37 del Regolamento *Intermediari* Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018 stabilisce e cristallizza un *contenuto minimo* dei contratti di investimento: «1. Gli intermediari forniscono i propri servizi di investimento, compresa la consulenza in materia di investimenti che preveda lo svolgimento di una valutazione periodica dell'adeguatezza degli strumenti finanziari o dei servizi raccomandati, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente. 2. Gli intermediari di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), applicano l'articolo 58 del regolamento (UE) 2017/565. 3. *(omissis)* 4. Fermo restando quanto previsto ai sensi del TUB, le disposizioni di cui al presente articolo si applicano al servizio accessorio di concessione di finanziamenti agli investitori».

giuntamente tra loro, possono valere nel contratto asimmetrico, bancario e di investimento, quale *criterio di imputazione della dichiarazione alternativo* – non equipollente – alla sottoscrizione del predisponente.

D'altra parte art. 117 TUB e 23 TUF non richiedono espressamente l'utilizzo della *scrittura privata* delineata dall'art. 2702 c.c. – che per vero è norma sulla prova e non sulla forma ⁽⁷⁹⁾ – ma si riferiscono più semplicemente alla *redazione per iscritto* dei rispettivi contratti: non è, quindi, precluso *ex lege* il ricorso a criteri di imputazione del documento scritto alternativi alla sottoscrizione.

Inoltre, come è stato correttamente osservato da attenta dottrina, la sottoscrizione del predisponente non appartiene – di regola – al procedimento di formazione: emblematico il riferimento all'art. 1341, comma 2, c.c. che si limita a richiedere all'*aderente* – non anche al *predisponente* – la *specificata approvazione per iscritto* delle clausole vessatorie ⁽⁸⁰⁾. La sottoscrizione, invero, diviene essenziale solo se espressamente prevista dalla legge o voluta da una parte o dalle parti nell'esercizio dell'autonomia privata procedimentale, come nel caso in cui sia richiesta una specifica

⁽⁷⁹⁾ Come osserva anche MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"*, cit., p. 1286 ss., «È del resto lo stesso Codice Civile – con norma che non può ritenersi eccezionale ed esprime semmai "lungimiranti anticipazioni di un futuro annunciato" – ad incrinare il dogma istituendo una significativa equivalenza tra sottoscrizione e consegna all'art. 2705 c.c. Alla facile obiezione che a venire in rilievo in questo caso è l'efficacia probatoria del telegramma, può altrettanto facilmente replicarsi che anche l'art. 2702 c.c. si occupa di efficacia probatoria della scrittura privata, di cui non fornisce una definizione. La regola per cui un documento è scrittura privata solo se sottoscritto non è espressa, ma si trae per inferenza dalle disposizioni dedicate alle prove documentali: il dato è di notevole rilievo perché consiglia di ragionare ogni volta in termini di "stretta coerenza con l'intero assetto di regolazione delle scritture"; inoltre "nel sistema del TUF la "nullità per difetto di forma è posta nell'interesse del cliente": lontano dunque dalla logica "fattispecie-effetti", ed inequivocabilmente volta ad illuminare caratteri e finalità delle nuove forme». Si veda, in tal senso, su quest'ultimo profilo SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi invalidità e inefficacia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, p. 847 ss.

⁽⁸⁰⁾ MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 471. *Contra*, PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, p. 683; cui *adde* MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contratti*, 2017, p. 399 che seppur incline, in line di principio, ad ammettere la non essenzialità della sottoscrizione del predisponente con riferimento alle condizioni generali di contratto *ex art.* 1341 c.c. – ritenendo tale regola inapplicabile ai contratti bancari e di investimento in ragione della *personalizzazione* degli stessi – ne respinge l'ammissibilità in relazione a tali contratti omettendo, per vero, di riconoscere il peculiare fenomeno della *predisposizione individuale*.

sottoscrizione per l'accettazione in conformità a quanto previsto dall'art. 1326 c.c.

Solo la *sottoscrizione unilaterale del contraente debole* è, dunque, necessaria e sufficiente alla formazione del *contratto asimmetrico monofirma* bancario e di investimento: la sottoscrizione del soggetto abilitato predisponente può, invece, mancare senza che l'assenza incida sul procedimento di conclusione del contratto ⁽⁸¹⁾. La *predisposizione unilaterale individuale* non si ritiene, infatti, incompatibile con la *personalizzazione* distintiva dei contratti bancari e di investimento.

La previsione di *nullità relativa* – e non assoluta – fornisce ulteriore sostegno alla tesi qui prospettata: la legittimazione unilaterale all'impugnativa sottende la funzione protettiva correlata all'unilateralità della sottoscrizione così come, specularmente *a contrariis*, la legittimazione bilaterale implica la bilateralità della sottoscrizione.

L'applicazione della *nullità protettiva asimmetrica*, quindi relativa e parziale, in caso di violazione del precetto di *forma informativa*: così come asimmetrica è la contrattazione e il contratto predisposto unilateralmente dal contraente forte così asimmetrica è la funzione protettiva della forma informativa, abbinata a nuove tecniche di integrazione e sostituzione *ex lege* con prevalente funzione rimediale conservativa e non invalidante.

A tali tratti distintivi generali della *forma informativa* dei *contratti asimmetrici*, con riferimento specifico ai *contratti asimmetrici bancari e di investimento*, si deve aggiungere il rafforzamento operato dai *principi di adeguatezza e coerenza*: lo speciale dovere di consiglio in capo al soggetto professionale che integra e rafforza il generale dovere di informazione in modo tale che oltre ad informare il medesimo debba anche adeguatamente e coerentemente abbinare *profilo di rischio del cliente* – ed esigenze concrete di questo – con i *giusti* prodotti bancari e finanziari offerti.

Per effetto dei *principi di adeguatezza e coerenza contrattuale*, peculiari dei contratti asimmetrici bancari e di investimento, il potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale si declina in tale specifico contesto negoziale – diversamente dal contratto asimmetrico in generale dove tale potere predispositivo unilaterale si esprime, invece, in termini impersonali, di massa – in termini personalizzati, all'esito della profilazione del cliente richiesta dalla rispettiva normativa settoriale, bancaria e di

(81) MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 471.

intermediazione finanziaria: si passa, quindi, dalla predisposizione di massa dei contratti asimmetrici in generale, alla *predisposizione individuale* tipica dei contratti asimmetrici bancari e di investimento.

Proprio nella *predisposizione contrattuale unilaterale e individuale scritta* – peculiare, come si è osservato, dei contratti bancari e di investimento, espressione dei *principi di adeguatezza e coerenza*, sempre congiunta alla *traditio* del documento contrattuale – è dato rinvenire il *singolare* criterio di imputazione del contratto scritto – alternativo alla sottoscrizione, in deroga all'art. 2702 c.c. – almeno *ex uno a latere*, ossia relativamente al soggetto predisponente-*contraente forte*.

Una forma inderogabile solo da una parte e una nullità azionabile solo da una parte non fanno altro che “correggere, con uno squilibrio, lo squilibrio proprio della contrattazione non negoziata caratteristica della dialettica banca-risparmiatore: l'asimmetria del rimedio è dunque funzionale a riequilibrare un rapporto che nasce sbilanciato ed insieme accompagnare una forma sempre più flessibile” (82).

In tale contesto asimmetrico e funzionale alla protezione del contraente debole vengono, quindi, travolte, come già osservato, le regole tradizionali della nullità assoluta e insanabile che diviene relativa e sanabile di fronte al superiore principio – vigente in tale specifico contesto del contratto asimmetrico – di conservazione del contratto oltre che del principio della permeabilità delle informazioni nella struttura contrattuale stessa, dovendosi considerare tendenzialmente superato, per le già esposte ragioni, il principio di separatezza tra regole di condotta e regole di validità.

Dal nuovo paradigma contrattuale – *asimmetrico* – oggetto della presente indagine discende l'ulteriore *asimmetria della forma informativa* – che non essendo, a parere di chi scrive, si ribadisce nuovamente, sovrapponibile alla tradizionale forma scritta *ad substantiam*, essendo diverse natura e funzioni come si è cercato di dimostrare, validamente può essere assolta non solo con la sottoscrizione bilaterale – contestuale sullo stesso documento contrattuale o non contestuale su separati documenti contrattuali, purché collegati tra loro sotto il profilo procedimentale – ma anche altrimenti, mediante ricorso a *criteri di imputazione alternativi* della volontà, meritevoli di accoglimento a tutela degli interessi concreti del contraen-

(82) Così MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto, Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit., p. 252, che richiama il pensiero di SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 503.

te debole, ovviamente, nei casi in cui la legge non disponga diversamente in modo espresso.

Si ritiene, in proposito, opportuno formulare ulteriori considerazioni conclusive in ordine al controverso tema del *contratto asimmetrico monofirma: contratto predisposto* soggetto a forma scritta *ad informationem*, ossia soggetto al precetto di *forma informativa*.

Pare doversi ammettere il *contratto asimmetrico monofirma* limitatamente ai *contratti bancari e di investimento*, anche in ragione delle stringenti regole procedurali e di vigilanza a cui sono sottoposti i predisponenti, rispettivamente, da parte di Banca d'Italia e Consob, l'utilizzo da parte, del solo contraente forte – predisponente, di strumenti di imputazione della volontà alternativi alla sottoscrizione: tale metodo alternativo è stato individuato, come si è *supra* osservato, proprio nella *predisposizione unilaterale individuale* congiunta alla necessaria *traditio* del documento contrattuale predisposto dal contraente forte alla parte debole (83).

I contratti predisposti bancari e di investimento *monofirma* sono, quindi, ammissibili e paiono potersi risolvere correttamente – *a pena di nullità relativa* in caso di violazione – nell'equazione negoziale seguente: *contratto asimmetrico monofirma = imputazione dichiarazione contraente forte mediante predisposizione unilaterale e individuale scritta + traditio al contraente debole del documento contrattuale su modulo intestato inequivocamente al contraente forte + raccolta firma contraente debole*.

Non osta, invero, a tale moderna ricostruzione di *forma informativa asimmetrica*, una definizione normativa *espressa* di forma scritta rigidamente e indissolubilmente correlata alla sottoscrizione.

L'utilizzo della *predisposizione unilaterale individuale scritta* del contraente forte del documento contrattuale congiuntamente alla *traditio* essenziale al contraente debole del documento contrattuale intestato inequivocamente al predisponente (84) – espressioni peculiari della contrat-

(83) Si veda in tal senso MAGGIOLÒ, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, Milano, 2012, p. 472, che ha avuto il merito di affrontare *ex funditus* il controverso tema fornendo una soluzione elegante, centrata sul fenomeno della predisposizione unilaterale, così aprendo un acceso, quanto opportuno, dibattito dottrinale in merito ai criteri di imputazione della forma scritta, prodromico al superamento della lettura tradizionale della forma da attualizzarsi in relazione al contesto normativo specifico del nuovo paradigma contrattuale asimmetrico, in particolare *sub specie* contratti bancari e di investimento.

(84) Sulla natura essenziale della *traditio* del documento contrattuale si veda DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 97 ss.

tazione asimmetrica nel contesto bancario e finanziario – divengono allora strumento di identificazione del predisponente e criterio di imputazione della volontà, cristallizzata nel modulo contrattuale predisposto, non equipollente, ma *alternativo* alla sottoscrizione da parte del medesimo.

Si potrebbe, infine, tentare di giungere, per tale via, all'ulteriore estensione dalla teoria del *contratto asimmetrico monofirma*, in difetto di espresa richiesta normativa della sottoscrizione bilaterale, dall'ambito circoscritto dei contratti bancari e di investimento: applicando, come in altri contesti interpretativi, la *giusta flessibilità* propria della lettura funzionale ed assiologica costituzionalmente orientata ⁽⁸⁵⁾, a tutti i contratti asimmetrici ove tale criterio di imputazione – predisposizione contrattuale congiunta a *traditio* del documento contrattuale – si riveli concretamente idoneo a tutelare gli interessi, della parte debole, meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Corre, tuttavia, l'obbligo di rilevare che una soluzione interpretativa differenziata pare essere ragionevole e fondata sul rapporto qualificatorio di *species a genus* che intercorre tra contrattazione asimmetrica nello specifico contesto bancario e di investimento e contrattazione asimmetrica in generale ⁽⁸⁶⁾.

In conclusione, per le suesposte ragioni, si ritiene opportuno riconoscere l'ambito di ammissibilità del *contratto monofirma* limitatamente al contesto *specifico* dei contratti asimmetrici bancari e di investimento, ove i presupposti applicativi risultano di maggiore evidenza e intensità in ragione della peculiare rilevanza - in termini di criterio di imputazione della

⁽⁸⁵⁾ Si veda sul punto la nota teoria del «giusto rimedio» elaborata da P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel processo civile*, in *Giusto Processo Civile*, Napoli, 2011, 1 ss.; *cui adde* Id., *Regole del mercato e tutela dell'investitore: riflessioni a margine della MIFID*, in *Corti pugliesi*, 2008, p. 79 ss.

⁽⁸⁶⁾ Non si possono, invero, sottacere i singolari tratti distintivi – che evidenziano l'intensità e peculiarità del fenomeno predispositivo – dei contratti bancari e di investimento: da un lato, *i precetti di adeguatezza e coerenza contrattuale* che si estrinsecano mediante il potere specifico della *predisposizione unilaterale individuale da parte del contraente forte*; dall'altro, *la vigilanza delle Autorità di controllo sui contraenti forti bancari e finanziari*, sugli organi deliberanti, sulle procedure interne oltre che sui *procedimenti formativi-informativi* dei rispettivi contratti e sul corretto-trasparente esercizio del citato potere *predispositivo unilaterale individuale*. Per ulteriori approfondimenti sul *contratto asimmetrico-predisposto monofirma* bancario e di investimento oltre che sulle differenze qualificatorie, da un lato, dei *contratti asimmetrici in generale* e, dall'altro, dei *contratti asimmetrici bancari e di investimento*, in particolare, mi sia consentito rinviare alla recente monografia dello scrivente: TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., *passim*.

dichiarazione alternativo alla sottoscrizione, attribuibile al fenomeno, *supra* evidenziato - della *predisposizione contrattuale individuale – adeguata e coerente* – congiunta alla *traditio* del documento predisposto al *contraente debole* ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ Pare, invero, opportuno, tenuto conto dello stato iniziale del controverso e acceso dibattito dottrinale in corso, in relazione agli altri eterogenei *contratti asimmetrici*, diversi da quelli bancari e di investimento per le suesposte ragioni, sottrarsi ad estensioni generalizzate e procedere a valutazione attenta – con la *giusta flessibilità* propria del metodo assiologico e funzionale costituzionalmente orientato – in relazione allo specifico contratto settoriale considerato, *caso per caso*, in concreto, attraverso il prisma delle fonti interne e comunitarie, dell'effettiva tutela e meritevolezza degli interessi protetti del contraente debole.

FEDERICO RIGANTI

La società semplice di godimento. Spunti di riflessione.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'antecedente storico: la società civile. – 3. Le soluzioni adottate dal codice civile del 1942 in materia societaria: il passaggio dal concetto di guadagno al concetto di utile. – 4. Il dato teorico: il rapporto dialettico tra gli artt. 2247 e 2248 c.c. Premessa. – 5. (*segue*) La contiguità tra fattispecie ed il “tipo” società semplice. – 6. La società semplice di mero godimento immobiliare: inammissibilità, pregiudizi ed ammissibilità. – 7. Cenni sulla società semplice *holding*. – 8. Riflessioni conclusive.

1. – A fronte dei dati diffusi, nel settembre 2017, dall'Osservatorio CCIAA ⁽¹⁾ – 81.732 società semplici, delle quali (solo) 50.271 società semplici agricole – è interessante ed attuale concentrarsi sulla reale conformazione del fenomeno delineato dalla fattispecie di cui all'art. 2251 e ss. c.c. e, nello specifico e tra gli altri, interrogarsi su di un tema classico del diritto commerciale, consistente nel rapporto intercorrente tra società e comunione.

Tale ultima questione, già nota ai commentatori dei codici post unitari, ha assunto una portata “di sistema” nell'architettura disegnata dal legislatore del 1942 e verte attorno al «*vetusto*» ⁽²⁾, ma oggi riproponibile, dubbio, circa l'ammissibilità o meno, nell'ordinamento, della società semplice di mero godimento, rimanendo discusso se – pur a fronte del dettato cristallino degli artt. 2247 e 2248 c.c. – una tale “figura” possa trovare pieno «*diritto di cittadinanza*» ⁽³⁾ nel Libro V del codice civile, e cioè possa ritenersi compatibile con i tratti tipizzanti il contratto di società.

Altrettanto interessante e “moderno” risulta poi essere, in argomento, il tema della società semplice *holding*, il quale richiama perduranti punti di domanda circa l'adattabilità (e l'utilizzabilità) del “tipo” s.s. allo svolgi-

⁽¹⁾ Dati aggiornati, ove disponibili, possono essere reperiti al seguente indirizzo: www.milomb.camcom.it/database-societario.

⁽²⁾ In tali termini BARALIS, *L'“eretica” società semplice di mero godimento immobiliare: riflessioni*, Studio n. 73-2016/I, approvato dal CNN in data 31 marzo 2016, p. 1, reperibile al seguente link: www.notariato.it/sites/default/files/73-2016-I.pdf.

⁽³⁾ Così BARALIS, *L'“eretica”*, cit., p. 1.

mento di “compiti” forse estranei ad una società *de jure* indirizzata all’esercizio esclusivo di attività non commerciale.

Di tali argomenti intende trattare, seppur per sommi capi, il presente articolo, che trova nell’inquadramento storico della questione il proprio fisiologico punto di partenza.

2. – Una più compiuta comprensione della società semplice e nello specifico delle problematiche a questa riconnesse e prese in considerazione nel presente lavoro, implica una breve analisi della società civile, suo immediato antecedente storico, piuttosto che «*modello di derivazione*»⁽⁴⁾. L’analisi della società civile, a sua volta, conduce ad un più ampio, sebbene in questa sede necessariamente rapido, approfondimento della fattispecie società, così come venuta a delinarsi nei primi codici – civile e poi commerciale – adottati dal Regno d’Italia. Il passaggio è importante ai fini dell’esame che si conduce, in quanto volto, per un verso, a mettere in evidenza talune specificità che – sebbene abbandonate dal dato normativo del 1942 – paiono ancor oggi rivestire primo spessore; e, per l’altro, capace di sottolineare il distinto approccio riservato in un primo tempo al tema centrale del rapporto tra società e comunione, all’epoca identificate, da una parte della dottrina, come realtà non già antitetiche, bensì piuttosto complementari.

Andando con ordine, è bene ricordare, innanzitutto, che il codice civile del 1865, conformemente alla tradizione romanista recepita per il tramite del codice napoleonico, adottava una concezione ampia del fenomeno societario. Ai sensi dell’art. 1697 c.c. abr., infatti, la società era un contratto col quale «due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione, al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare». Per essere ritenuta tale, la società, ai sensi dell’art. 1698 c.c. abr., doveva inoltre avere «per oggetto una cosa lecita, ed essere contratta per l’interesse comune delle parti», le quali dovevano conferirvi «o denaro, od altri beni» oppure «la propria industria»⁽⁵⁾.

Conseguenza pratica di una definizione a tal punto ampia era la ricomprensione, nel perimetro delle società civili, di fattispecie tra loro

⁽⁴⁾ In tali termini BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1975, p. 69.

⁽⁵⁾ Per un’analisi approfondita del dettato codicistico v. CAGNASSO, *La società semplice*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 6 s., nonché, di recente, ID., *La società semplice*, in *Le nuove società di persone*, diretto da Cottino e Cagnasso, Bologna, 2014, p. 399 ss.

profondamente diverse ⁽⁶⁾: non solo, infatti, delle società costituite per l'esercizio di attività non commerciale, ma anche di quelle che non davano luogo all'esercizio di alcuna attività. Appariva così ricompresa nella nozione generale in tal modo delineata anche la comunione volontaria, costituita allo scopo del mero godimento di uno o più beni, posto che il guadagno *ex art. 1697 c.c. abr.*, nel silenzio di ulteriori indici di senso opposto ⁽⁷⁾, « – diversamente dal guadagno conseguibile attraverso l'uso dei tipi commerciali – doveva ritenersi comprensivo anche dei semplici frutti di una gestione comunistica» ⁽⁸⁾. Il codice civile del 1865, in tal senso, delineava un quadro di riferimento chiaro e preciso: ispirato, da un lato, dal tipico *favor liberal-ottocentesco* per le iniziative di stampo economico ⁽⁹⁾ – cui faceva da contraltare un atteggiamento di rifiuto dell'ordinamento nei confronti di quegli enti intermedi tra stato e cittadino, invece connotati dallo svolgimento di attività “ideali” e in astratto capaci di “riesumere” le corporazioni dello stato assoluto ⁽¹⁰⁾ –. E orientato, dall'altro, alla realizzazione di un sistema in cui, almeno in un primo tempo, *(i)* «l'essenza della società non contraddiceva quella della comunione, ma anzi nella prima erano riconoscibili le linee fondamentali della seconda, anche se adattate in funzione della peculiarità dello scopo e della dinamicità del mezzo»; ed in cui *(ii)* le due fattispecie in esame venivano pertanto relazionate «da un

⁽⁶⁾ Sottolineano il profilo ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1985, p. 11 e GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicue Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1982, p. 164.

⁽⁷⁾ Precisa infatti MARASÀ, *Le “società” senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 11, che l'art. 1697 c.c. abr. «non dice in quale modo il fondo comune debba essere impiegato o adoperato al fine di ottenere il guadagno...Che dunque il guadagno debba essere tratto da un'impresa o da un esercizio aziendale, non è che una delle ipotesi prospettate dal codice civile».

⁽⁸⁾ Così MARASÀ, *op. ult. cit.*, p. 11.

⁽⁹⁾ Ed infatti – come sottolineato da MARASÀ, *op. ult. cit.*, p. 5 – «gli unici interessi del singolo ritenuti meritevoli di tutela diretta da parte dello stato erano quelli di ordine economico e ciò spiega come nel codice civile del 1865 le sole forme associative disciplinate fossero le società lucrative mentre venivano del tutto ignorate le associazioni in senso stretto salvo quelle che avessero conseguito, attraverso un espresso riconoscimento, la personalità giuridica e quindi la veste di soggetti dell'ordinamento statale».

⁽¹⁰⁾ E per ciò ritenute «di ostacolo, più che ausilio, a quel diretto rapporto fra il cittadino e lo stato che costituisce uno dei cardini della filosofia politica liberale». In tali termini MARASÀ, *op. ult. cit.*, p. 3 s. il quale riferisce di un atteggiamento di «diffidenza» se non di «aperta ostilità» da parte dello stato liberale ottocentesco nei confronti delle associazioni senza fine di lucro. Impostazione, questa, ereditata dallo stato assoluto e ancor più dalla legislazione post-rivoluzionaria francese, particolarmente avversa alle associazioni senza fine di lucro.

rapporto di specie a genere, costituendo [la società] una delle figure più evolute di “comunione qualificata”»⁽¹¹⁾.

Quanto ai restanti profili, alcune rapide precisazioni sono d’obbligo.

In primo luogo, è bene sottolineare che la nozione di società (civile) poc’anzi tratteggiata ha costituito la “base” per la definizione di società (commerciale) offerta poi dalla legislazione seguente. Come evidenziato dalla dottrina più attenta, infatti, quanto precisato dall’art. 1697 c.c. abr. è presupposto, confermato e sviluppato, *mutatis mutandis*, per tutte le “specie” di società, non essendo stato di fatto alterato «*dalla caratteristica che hanno le società commerciali di affidare il conseguimento del guadagno da dividersi tra i soci ad atti di commercio*»⁽¹²⁾.

Fermo restando, cioè, il requisito in ultimo indicato del guadagno – apprezzabile, in base al carattere (civile o commerciale) della società, secondo diverse sfumature⁽¹³⁾ – «*è la diversità dell’oggetto, la diversità dei mezzi a cui è affidato il conseguimento del lucro, che dà il criterio di distinzione fondamentale*»⁽¹⁴⁾ fra società civili e società commerciali, funzionalmente accomunate «*da ciò che la soddisfazione di interessi non patrimoniali era estranea ad entrambi gli istituti*»⁽¹⁵⁾, sebbene distinte in quanto a *quomodo* del proprio operare.

In secondo luogo, è opportuno ricordare – per mera completezza d’esposizione – che solo le società commerciali fossero dotate, nel disegno del legislatore, di personalità giuridica distinta dai soci, tanto rispetto a questi come rispetto ai terzi. Anzi riscontrandosi, proprio attorno ad un tale profilo, e cioè in merito alla possibilità di qualificare anche la società

⁽¹¹⁾ Precisa, sul punto, l’analisi di RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Tratt. dir. comm.*, fondato da Buonocoree diretto da Costi, Torino, 2015, p. 110, il quale sottolinea come d’altronde prima dell’emanazione del codice del 1942 una larga corrente di pensiero riteneva che alla base della società di qualunque tipo vi stesse la comunione. «*Secondo tale visione*» – prosegue l’a. – «*con il contratto di società i soci mettevano in comune i beni conferiti e in comunione cadevano i frutti dell’attività congiuntamente esercitata; il patrimonio sociale era quindi patrimonio comune dei soci, che ne restavano dispositori, concorrendo a formare la volontà collettiva*».

⁽¹²⁾ In tal senso NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, Torino, 5^a ed., II, 1937, p. 67 s., richiamato da CAGNASSO, *La società semplice*, cit., p. 7.

⁽¹³⁾ Sottolinea infatti MARASÀ, *op. ult. cit.*, p. 10, come un esame sistematico della nozione di guadagno di cui al c.c. abr. porti a ritenere una diversità tra società civili e società commerciali. Entrambe sono infatti indirizzate dal fine di lucro, ma mentre per le società civili oggetto della società poteva essere anche lo svolgimento di un’attività non economica (come detto, per esempio, nel caso di godimento di beni messi in comunione), per le società commerciali oggetto della società poteva essere solo il compimento di atti speculativi di commercio.

⁽¹⁴⁾ Così NAVARRINI, *op. ult. cit.*, p. 70.

⁽¹⁵⁾ In tali termini MARASÀ, *op. ult. cit.*, p. 10.

civile come persona giuridica, un attento dibattito dottrinale e giurisprudenziale, dapprima risolto in senso negativo e poi scemato, anche a causa del progressivo abbandono, da parte degli operatori, del “tipo” societario di riferimento ⁽¹⁶⁾.

3. – Le scelte di politica legislativa adottate nel 1942 rappresentano il «naturale coronamento dell’evoluzione dottrinale maturata sotto il vecchio codice» ⁽¹⁷⁾. Per quanto riguarda, nello specifico, i profili in esame, il codice civile assume infatti una posizione netta, e se per un verso riformula il concetto di società, per l’altro rimarca e cristallizza una distinzione (quella tra società e comunione) di fatto già avallata, sotto il punto di vista teorico, da parte dell’accademia nel vigore dei codici previgenti ⁽¹⁸⁾.

Volendo rimandare ad altra sede un più attento e opportuno inquadramento dei lavori preparatori al codice civile del 1942 ⁽¹⁹⁾, è bene soffermarsi in questa fase sul primo dei passaggi delineati, e cioè sul dettato dell’art. 2247 c.c., come noto rubricato «*Contratto di società*». In particolare, ad essere cruciale per l’esame che si conduce, è un’analisi del requisito dell’economicità ivi contenuto, nonché dello scopo di divisione degli utili da questo previsto.

Orbene, in merito, è bene evidenziare, innanzitutto, che il concetto di società enucleato dal nuovo codice civile da un lato riconosce (e quindi conferma) ⁽²⁰⁾ la società quale particolare forma di esercizio plurisoggettivo dell’attività economica, a cui rimangono estranee quelle “forme” associative non indirizzate alla realizzazione di un tale scopo. Ma dall’altro eleva l’autonomia patrimoniale a caratteristica generale del fenomeno so-

⁽¹⁶⁾ Per un inquadramento della questione – che esula dall’oggetto specifico del presente articolo – v. CAGNASSO, *La società semplice*, cit., p. 12, che richiama *ex multis*: FERRARAJR., *Indole giuridica della società civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, p. 529 ss.; CARNELUTTI, *Personalità giuridica ed autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, *ivi*, 1909, I, p. 751 s.; e GIOVENE, *Personalità giuridica e società civile*, *ivi*, 1914, I, p. 225 s. Di recente, v. anche BENUSI, *Modello legale e statutario di organizzazione interna nelle società personali*, Milano, 2006, p. 18 s.

⁽¹⁷⁾ Così ABBADESSA, *op. ult. cit.*, p. 12.

⁽¹⁸⁾ Sottolinea infatti ABBADESSA, *op. ult. cit.*, p. 12, come alla soglia della nuova codificazione il grosso problema fosse quello della sistemazione delle imprese mutualistiche, annoverate da alcuni tra le società, e dagli altri tra le associazioni.

⁽¹⁹⁾ Per un attento esame dei quali si rinvia a CAGNASSO, *La società semplice*, cit., p. 14.

⁽²⁰⁾ Come evidenziato da MARASÀ, *op. ult. cit.*, p. 74 s., «per ciò che riguarda la sostanza del *definiendum* l’art. 2247 è rimasto saldamente ancorato alla tradizione napoleonica; l’interesse dei partecipanti che qualifica il contratto come “società”, deve essere, infatti, un interesse economico e l’accento della definizione cade ancora una volta sulla divisione degli utili tra i soci».

cietario, eliminando dai propri istituti la – sempre meno diffusa (21) – società civile (22), destinata a non essere sostituita da altra “figura” societaria predisposta *ad hoc*.

Il passaggio è fondamentale in quanto traduce – sotto un punto di vista generale – quel fenomeno di “commercializzazione del diritto privato”, e cioè di travaso delle regole speciali del codice di commercio del 1882 negli schemi generali delineati dal codice civile del 1942, già evidenziato dalla dottrina più attenta (23); e poiché testimonia il definitivo accreditamento di una nuova “visione” della società, capace non solo di obliterare il precedente sistema degli atti di commercio ma anche – e soprattutto – di ridisegnare il “sistema” attorno alla nozione di impresa, «intesa come attività produttiva di ricchezza non solo per chi la svolge ma anche per la collettività, beneficiaria della produzione e dello scambio di (nuovi) beni o di (nuovi) servizi» (24). In altri termini, la “definizione causale” offerta dall’art. 2247 c.c., ai sensi della quale «con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di un’attività economica allo scopo di dividerne gli utili» pone l’accento sullo scopo di lucro, da intendersi in senso oggettivo (produzione di utile) e soggettivo (divisione tra i soci).

E precisa che non solo lo “scopo-fine”, bensì anche lo “scopo-mezzo” della società deve sempre consistere in un’attività economica, e cioè attività produttiva di nuova ricchezza. Aspetto, questo, che emerge con chiarezza sia da un passo testuale della Relazione al codice, sia dal coordinamento tra gli artt. 2247 e 2248 c.c., cui è dedicato l’esame che segue (25).

4. – L’impostazione appena descritta intende risolvere, sotto un punto di vista teorico, la questione relativa al rapporto intercorrente tra società e comunione. L’utilizzo dei “paradigmi” sopra indicati – *in primis* la sostituzione del concetto di guadagno con il concetto di utile (26) – intende

(21) Di scarsa diffusione parla CAGNASSO, *La società semplice*, cit., p. 13.

(22) E ciò sia per motivi pratici – di «*extrema rarità pratica*» dell’istituto riferisce infatti *ex multis*, BOLAFFI, *op. ult. cit.*, p. 1 – che per ragioni teoriche, per un preciso inquadramento delle quali si rimanda a GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 164 s. In merito, cfr. poi MARASÀ, *Le società. Società in generale*, in *Tratt. dir. piv.*, a cura di IudicæZatti, Milano, 2000.

(23) In tali termini MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., p. 90.

(24) Così MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., p. 90. Di recente cfr. in argomento MONTALENTI, *Impresa. Società di capitali. Mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 93 ss., nonché DESANA, *L’impresa fra tradizione e innovazione*, Torino, 2018.

(25) Confronta, sul punto, ABBADESSA, *op. ult. cit.*, p. 14.

(26) Sulla distinzione concettuale MARASÀ, *Le “società” senza scopo di lucro*, cit., p. 11; e ID., *Le società. Società in generale*, cit., p. 84, laddove evidenzia infatti come «ai fini della

infatti portare a termine quel percorso di rivisitazione della fattispecie già suggerito da parte della dottrina ⁽²⁷⁾, nonché da impellenti esigenze pratiche ⁽²⁸⁾, nel vigore dei precedenti codici, ed ora capace di estromettere dal fenomeno societario – anche per il tramite dell’abbandono della società civile ⁽²⁹⁾ e della rilettura del requisito dell’economicità – le comunioni costituite o mantenute al solo scopo di godimento.

Come precisamente sottolineato in sede dottrinale ⁽³⁰⁾, nel nuovo impianto codicistico, tali ultime realtà sono infatti convertite, *tout court*, in comunione di diritti reali e conseguentemente sottoposte alle relative norme dettate dal Libro III, Tit. VII ⁽³¹⁾, del codice civile.

Derivando, da una tale scelta di politica legislativa, l’odierno “antagonismo” ⁽³²⁾ tra istituti, cristallizzato nel rapporto dialettico intercorrente tra gli artt. 2247 e 2248 c.c., ed in estrema sintesi riassumibile come segue.

riconduzione della figura generale di società civile non era rilevante in qual modo i conferimenti fossero impiegati per ottenere il guadagno: se in un’attività di impresa o in un’attività di mero godimento», tanto più che «da una successiva specificazione delle diverse ipotesi di società civili (...) risulta che un’attività di mero godimento era esclusa soltanto nelle società particolari di esercizio in cui più persone si associa(va)no per un’impresa determinata, o per l’esercizio di qualche mestiere o professione».

⁽²⁷⁾ Come sottolineato da ABBADESSA, *op. ult. cit.*, p. 12, già nel sistema previgente lo spunto per differenziare società e comunioni volontarie di godimento venne trovato nello stesso codice: bastò infatti assegnare al guadagno previsto per la fattispecie societaria il significato specifico di profitto per tracciare tra i due fenomeni una linea di demarcazione almeno teoricamente netta.

⁽²⁸⁾ Come evidenziato da COTTINO e WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Tratt. dir. comm. Società di persone e consorzi*, diretto da Cottino, Padova, 2004, p. 66, «contrapponendo la società alla comunione come due schemi, volti il primo all’esercizio in comune dell’attività produttiva (...) e il secondo al godimento congiunto dei beni (...), si intese soprattutto combattere il fenomeno delle immobiliari urbane. In base alle cifre censite, l’86,3% delle vecchie anonime non avrebbe potuto conservare la forma azionaria senza deliberare un aumento del capitale e fra esse oltre un quinto si limitava a gestire beni immobili».

⁽²⁹⁾ Giustificata, *inter alia*, dagli effetti meramente interni derivanti dalla stipulazione del contratto in oggetto, che faceva sorgere obblighi per i soli soci e non anche verso i terzi nei cui confronti il vincolo di destinazione dei beni conferiti era inopponibile. Sul punto cfr., per tutti, MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., p. 84 s.

⁽³⁰⁾ Cfr. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 164.

⁽³¹⁾ Il profilo è di rilevanza centrale posto che, come noto, ciascun partecipante ai sensi dell’art. 1102 c.c. «può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto» e ai sensi dell’art. 1111 c.c. «può sempre domandare lo scioglimento della comunione». Sul versante opposto, i creditori personali dei singoli comunisti posso aggredire liberamente anche il bene in comunione. In tal modo realizzandosi, come sottolinea MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., p. 180, «una disciplina radicalmente diversa da quella propria delle società lucrative (...) poiché non emerge alcun vincolo di destinazione del bene in comunione né nei rapporti interni tra i comunisti né in quelli esterni».

⁽³²⁾ In tali termini RIVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 111.

Alla società: l'esercizio plurimo di attività economica diretta alla produzione di beni o servizi.

Alla comunione: il godimento plurimo di determinati beni ⁽³³⁾.

In entrambi i casi: due forme di "proprietà collettiva", seppur distinte per natura, funzione e disciplina ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

5. – L'impianto codicistico offerto dal legislatore del 1942 e riportato al paragrafo che precede pare, sul punto, ineccepibile ⁽³⁶⁾.

Il disposto dell'art. 2248 c.c. – il cui posizionamento, ritengo, non possa essere considerato casuale – non solo chiarisce "a monte" la disciplina applicabile al caso di comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento, ma anzi concorre a definire l'essenza stessa del contratto di società, e cioè (e per ciò che qui interessa) la produzione di nuova ricchezza – e non già il mero godimento ⁽³⁷⁾ – allo scopo della distribuzione dell'utile (cfr. art. 2247 c.c.).

Lo stesso, tuttavia, non si è dimostrato in grado di fugare ogni dubbio circa il dialogo tra società e comunione. Dialogo che, come dimostra anche il dato empirico, è invece "magmatico", in quanto connotato da talune sovrapposizioni, conseguenti "cortocircuiti" teorici e numerose incertezze applicative.

In merito è bene, innanzitutto, sottolineare che il profilo problematico che si affronta ha ragioni articolate.

Per quanto attiene al confronto tra fattispecie, come già sottolineato in dottrina, i caratteri dei due fenomeni in oggetto non sono infatti facilmen-

⁽³³⁾ Cfr. RIVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 111.

⁽³⁴⁾ In merito v. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2 Diritto delle società*, in *Il sistema giuridico italiano*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2015, p. 33.

⁽³⁵⁾ In giurisprudenza v., di recente, App. Torino, 22 settembre 2009, in *Società*, 2010, p. 416 ss., con nota di BONAVERA, *Distinzione tra società e comunione di godimento*. Cfr. anche, con posizioni talvolta tra loro difformi, Trib. Milano, 3 luglio 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 741 e in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 625, con nota di GATTI, *Il controllo dell'ufficio del registro delle imprese*. Cfr. poi Cass., 1° dicembre 1987, n. 8389, in *Giur. it.*, 1998, p. 1578, con nota di RICARDI; in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 495, con nota di IOZZELLI; Cass. 9 luglio 1994, n. 6515, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 625, con nota di SANTA MARIA; Cass. 20 marzo 1997, n. 2465, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 443, con nota di CIAN, *Società di mero godimento tra azione in simulazione e Durchgriff*; e in *Giur. it.*, 1998, p. 90 ss., con nota di LUONI. Infine, su profili distinti ma di interesse, cfr. Trib. Catania, 3 maggio 2005, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, II, p. 653, con nota di MACRI.

⁽³⁶⁾ E d'altronde particolare cura è quella riservata dalla legge alla distinzione qui in commento. Sul punto, e più in generale per l'analisi della questione, cfr. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959, p. 39 s.

⁽³⁷⁾ Cfr. AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971.

te distinguibili, tenuto anche conto che il godimento «inteso come percezione immediata delle utilità offerte dal cespite, può richiedere una serie di atti più o meno complessi di amministrazione» ⁽³⁸⁾ e che tali atti possono essere compiuti, in caso di godimento indiretto, non già dal proprietario del bene bensì dal terzo contraente (ad es. usufruttuario, affittuario, locatario). Conseguentemente verificandosi attorno alla medesima *res* due situazioni contemporanee: la prima riconducibile nei perimetri della comunione, la seconda in quelli della società ⁽³⁹⁾.

Tale precisazione è importante, in quanto capace di mettere in difficoltà l'utilizzo del criterio distintivo tipico della materia, inteso a tracciare la linea di demarcazione tra i due fenomeni in esame nel diverso rapporto intercorrente tra beni ed attività; «rapporto che (...) si invertirebbe poiché nella società i beni conferiti sono utilizzabili strumentalmente allo svolgimento di un'attività produttiva mentre nella comunione l'attività sarebbe funzionale alla conservazione del bene comune al fine di assicurarne il godimento da parte dei comunisti» ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾.

Ciò non bastasse, a complicare il quadro di riferimento vi sono i problemi storicamente riconducibili al “tipo” società semplice, *ex lege* riservato allo svolgimento di «attività diversa» da quella commerciale (cfr. art. 2249 c.c.) e pertanto letto – sotto un punto di vista teorico, non debitamente confermato in sede di prassi – quale fisiologica deriva per l'esercizio (forse patologico) dell'attività di mero godimento sotto forma di contratto di società ⁽⁴²⁾.

⁽³⁸⁾ Sul punto cfr. RIVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 111; v. poi MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., p. 180 s., il quale evidenzia come in detto caso il proprietario – e così anche il proprietario comunista, aggiungerei – sarà quindi un redditiere e non già un imprenditore.

⁽³⁹⁾ Nel senso che la condizione giuridica dei beni sociali non può essere formalmente rappresentata in termini di comproprietà o di contitolarità dei soci neppure nelle società di persone cfr. PESCATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974.; RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p. 39 ss.; e SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 223 ss. Più in particolare sul rapporto tra beni e comunione v. poi, tra i tanti: AMATUCCI, *op. ult. cit.*; PAVONE LA ROSA, *Brevi note in tema di rapporti tra comunione di beni e società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 397 ss.; e TANZI, *Godimento del bene produttivo e impresa*, Milano, 1998. Con riferimento specifico al profilo dell'oggetto sociale statutario cfr. invece FERRI jr, *Riflessioni in tema di oggetto statutario di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 495 ss.; ID., STELLA RICHTER jr., *L'oggetto sociale statutario*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 483 ss.; e ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. sempre MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., p. 180, cui si rinvia, altresì, per gli attenti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto.

⁽⁴¹⁾ Quanto al piano giurisprudenziale, v., cristallina, App. Torino, 22 settembre 2009 cit.

⁽⁴²⁾ Per un'analisi della società semplice cfr., *ex multis* ed oltre agli autori già indicati (ed alla manualistica, ove per tutti G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2 Diritto delle*

Il presente articolo non intende ripercorrere le singole anomalie tipizzanti la società semplice ⁽⁴³⁾, ma la questione è di vertice e si concretizza, innanzitutto e per ciò che qui interessa, proprio nelle difficoltà derivanti da una definizione del “tipo” che ha da subito imposto un attento e complesso esame ricostruttivo di una fattispecie connotata dall’assenza di confini precisi, e da un disposto – quello di cui all’art. 2249 c.c. – che appare chiaro ed univoco dal punto di vista letterale, ma che presenta notevoli difficoltà sotto il punto di vista dell’applicazione pratica ⁽⁴⁴⁾.

Difficoltà che, come già puntualizzato, riguardano fin dall’inizio il “tipo” s.s. ⁽⁴⁵⁾. E che conducono, per quanto rileva al fine di questo scritto, ad esempio al dubbio ora in esame circa l’ammissibilità, nell’ordinamento, della società semplice di mero godimento immobiliare.

società, cit., p. 31 ss.; COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1994, p. 12 ss.; ID., *Diritto societario*, a cura di Cagnasso, Padova, 2011, p. 2 ss.): Aa.Vv., *Trattato società di persone*, a cura di PREITE e BUSI, Torino, 2015; Bussolotti, voce *Società semplice*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 908 ss.; COSTI e DI CHIO, *Società in generale. Società di persone. Associazione in partecipazione*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991; COTTINO, *Perché non sopprimere la società semplice?*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, p. 259 ss.; DI SABATO, *La società semplice*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1985; FERRI, *Le società*, in *Trattato dir. civ. it.*, fondato da Vassalli, Torino, 1987; ID., *Delle società*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968; GALGANO, voce *Società semplice*, in *Nov. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, p. 545 ss.; GENGHINI, SIMONETTI, *Le società di persone*, Padova, 2012. Quanto ad un confronto di stampo comparato delle scelte adottate dal legislatore del 1942 con gli altri ordinamenti europei e, più in generale, del “tipo” società semplice, v. CAGNASSO, *La società semplice*, cit., p. 16 s.

⁽⁴³⁾ Per un esame dei quali si rinvia alla bibliografia indicata alla nota che precede.

⁽⁴⁴⁾ Come evidenzia CAGNASSO, *La società semplice*, cit., p. 41, l’espressione utilizzata dall’art. 2249 c.c. «potrebbe essere intesa nel senso attività non qualificabile come commerciale in relazione al suo contenuto, oppure ricomprendere anche l’attività non di impresa o, ancora, l’attività il cui esercizio non comporta l’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale». Secondo l’a. sul fondamento del dato letterale «qualsiasi attività che, per il suo contenuto, sia qualificabile come commerciale non può costituire oggetto della società semplice. Da ciò si deduce che anche le attività, di natura commerciale, ma non d’impresa (come nel caso delle società occasionali), come pure le attività, sempre di natura commerciale, il cui esercizio non determina l’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale, come nell’ipotesi di piccola impresa, sono estranee all’area di applicabilità della società semplice».

⁽⁴⁵⁾ Cfr. CAGNASSO, *La società semplice*, cit., p. 40, che conferma come la destinazione *ex lege* non commerciale – ma pur sempre economica – della società semplice, come poc’anzi detto ha portato gli interpreti ad analizzare i possibili utilizzi in concreto adottati dai soci della s.s. (esame, questo, dal quale si evince la ricorrenza di almeno due gruppi: (i) attività qualificabili come di impresa, ma prive del carattere della commerciabilità – piccole imprese, imprese agricole e imprese civili –; (ii) attività non qualificabili come di impresa – attività di gestione, professionali e occasionali –).

6. – Il problema è stato esposto nelle sue linee generali ed è così sintetizzabile: a fronte di un dato codicistico cristallino, permangono perplessità circa la concreta distinzione tra società e comunione. Il profilo tocca, direttamente, il tema della società semplice di godimento.

Tali perplessità, a ben vedere, scaturiscono da un non agevole coordinamento del trittico fornito dagli artt. 2247-2248-2249 c.c., oltretutto da recenti interventi settoriali, di cui si dirà nell'immediato prosieguo. Ed esulano, poi, dai ristretti confini della teoria, riversandosi nelle dinamiche pratiche tanto in tempi attuali – laddove è infatti «facile constatare come nella prassi l'attività di mera gestione, di patrimoni immobiliari e mobiliari, costituisca uno degli oggetti più frequenti del modello in esame» (46) – quanto (e forse paradossalmente) già all'indomani della codificazione del 1942, quando «un'autorevole dottrina elencava nell'ambito dell'oggetto della società semplice, oltre l'attività agricola, anche quella di sfruttamento di immobili a titolo locativo e l'esercizio in comune dell'attività esattoriale» (47), quasi “danzando” sulla «sotterranea convinzione che di fatto, nelle cose, esistesse una specie di “spazio vuoto” fra attività commerciale e attività agricola che non poteva dirsi veramente riempito dalla comunione di godimento *ex* art. 2248 c.c., una forma cioè, di comunanza di beni la cui ragion d'essere è normalmente “precaria” e “incomoda”» (48).

A fronte di una tale premessa – e dell'assenza di una posizione sul punto univoca – pare dunque corretto affrontare il problema centrale e chiedersi se, ai sensi di legge, sia o meno consentita la costituzione di una società semplice di mero godimento immobiliare (49).

(46) Cfr. in merito CAGNASSO, *La società semplice*, cit., p. 40.

(47) Così Baralis, *L'“eretica”*, cit., p. 1 s. che prosegue sottolineando come «questa ambivalenza della società semplice per la verità si era “trascinata” per un certo periodo dopo il 1942, tant'è che in un manuale comunissimo e di buon livello ancora negli anni sessanta, dovendo indicare l'oggetto della società semplice, si scriveva che “per lo più” essa svolge attività agricola. Con il che non si vuole certo misconoscere che il legislatore del 1942, differenziandosi dal legislatore precedente che prevedeva la società civile, aveva individuato due attività d'impresa, commerciale e agricola, donde la facile conclusione che l'attività sociale per la società semplice, non potendo essere commerciale, poteva essere solo agricola. Ma lo stesso legislatore del 1942 non poteva dirsi veramente convinto di questa conclusione se si considera che nella Relazione al Re il compito assegnato alla società semplice non era indicato in positivo come quello di sviluppare l'attività agricola, ma veniva espressa l'idea che, esclusa l'attività commerciale, la fattispecie di cui all'art. 2251 c.c. “sostituiva la società civile”; segno evidente che nel pensiero del legislatore del 1942 la conclusione di cui prima (mera attività agricola per la s.s., attività agricola o commerciale per le altre) non era affatto così sicura».

(48) In tali termini BARALIS, *L'“eretica”*, cit., p. 2.

(49) Sul tema, oltre agli autori già citati, cfr. *ex multis*: BARALIS, *Influenze della legislazione tributaria sulla legislazione civile. Anche modifiche “indotte” alla legislazione civile?*,

Quesito, questo, cui si intende dare risposta passando “in rassegna”, in primo luogo, i motivi del “no”, nella pacata convinzione che una rilettura degli stessi possa rinsaldare la preferenza di chi scrive per la soluzione di senso opposto e quindi favorevole.

Orbene, per motivi di onestà intellettuale, è corretto evidenziare, in via preliminare, come la dottrina più rigorosa e attenta abbia confermato, all’indomani della codificazione del 1942, e ancor oggi ribadito, la propria adesione alla tesi volta a negare l’ammissibilità della società semplice di mero godimento ⁽⁵⁰⁾.

La linea argomentativa condivisa da questa parte di accademia poggia, invero, sul «valore forte della logica formale» ⁽⁵¹⁾ e su un’interpretazione restrittiva del dato codicistico, la cui ragione ispiratrice viene identificata nella volontà di disegnare una netta linea di demarcazione tra gli artt. 2247 e 2248 c.c.

Nondimeno, la stessa fonda la propria forza non solo sull’indiscutibile autorevolezza degli interpreti, bensì anche su una precisa considerazione “di sistema”, costituita dalla intrinseca diversità delle fattispecie in oggetto; diversità che, inoltre, si porrebbe a difesa di quella «purezza» del diritto commerciale “creato” dall’unificazione dei codici e che, tuttavia, parrebbe

Studio n. 4129, approvato dal CNN in data 16 dicembre 2002; ID., *Una “nuova” società semplice: la società immobiliare di mero godimento e la società semplice di mero godimento in genere*, Studio n. 4256, approvato dal CNN in data 25 marzo 2003; CAGNASSO, *Brevi note in tema di società pubblica immobiliare*, consultato dattiloscritto dietro gentile concessione dell’autore; ID., *La società semplice immobiliare: un ritorno ai codici abrogati?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 697 ss.; FERRERO, *Le società immobiliari. Profili descrittivi e problemi di validità*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1986, p. 11 ss.; GARESI, *La sottile linea tra società semplice immobiliare e comunione a scopo di godimento*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2014, 2, p. 29 ss.; ID. e MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, diretto da Alpa, Bonilini, Breccia, Cagnasso, Carinci, Confortini, Cottino, Jannarelli e Sesta, Torino, 2014; GHIONNI, *Società di mero godimento tra teoria generale e nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1315 ss.; LUPETTI, *Se siano ammissibili società semplici di “mero godimento”*, in *Società*, 2009, p. 1026 ss.; RAPONI, *Trasformazione di società commerciale immobiliare in società semplice – Problematiche fiscali*, Studio n. 92-2016/T, approvato dal CNN in data 21 aprile 2016; SPADA, *Dalla società civile alla società semplice di mero godimento*, Studio n. 69-2016/I, approvato dal CNN in data 31 marzo 2016. Esula invece dal presente esame, per il momento, il tema della comunione di azienda, in merito al quale si intende offrire una più compiuta analisi in occasione dell’evoluzione del presente scritto.

⁽⁵⁰⁾ Così BARALIS, *L’eretica*, cit., p. 2 s., che si richiama, altresì, per l’attenta ricostruzione bibliografica. Si vedano ampie e precise citazioni, altresì, in PAOLINI, *Società semplice di mero godimento*, in CNN, Studi e materiali, 2008.

⁽⁵¹⁾ Cfr. BARALIS, *L’eretica*, cit., p. 3.

forse riconoscere come esercitabile dalla società semplice, ai sensi dell'art. 2249 c.c., la sola attività agricola ⁽⁵²⁾.

In altri termini, l'impostazione di cui trattasi, pur a fronte della consapevolezza circa la maggiore duttilità della "forma societaria" e dei segni «di una diversa volontà legislativa espressa nelle leggi speciali e tendente ad una valutazione realistica ed assai largheggiante nei confronti delle società-comunione» ⁽⁵³⁾, non vede spazi di dialogo tra gli istituti in esame. E ciò tanto per motivi di stampo teorico (la società semplice di mero godimento immobiliare sarebbe infatti *contra legem* sia nel caso in cui l'oggetto sociale enunci un'attività di godimento, per violazione dell'art. 2248 c.c.; sia nel caso in cui enunci un'attività "commerciale" quale la compravendita di immobili, per violazione dell'art. 2249 c.c.; – fermo restando, in entrambi i casi, l'interrogativo circa la sanzione più opportuna ed efficace da applicare –) ⁽⁵⁴⁾, quanto per ragioni di ordine pratico-operativo (quali l'utilizzo improprio dello schermo societario per fini di natura fiscale, per occultare a creditori o terzi proprietà immobiliari di notevole rilievo patrimoniale o per ragioni successorie) ⁽⁵⁵⁾.

L'inquadramento teorico descritto, pur convincente, deve essere tuttavia relazionato con un altro dato, costituito da una serie di dogmi o, ancor meglio, «pregiudizi» ⁽⁵⁶⁾ che paiono "inquinare" la trasparenza del ragionamento suddetto e che, a modesto parere di chi scrive, portano l'interprete a rivalutare in "positivo" la questione e dunque a propendere per una risposta affermativa al quesito di cui trattasi.

Un'analisi sintetica del profilo pare opportuna.

Come riportato da alcuni commentatori ⁽⁵⁷⁾, è opinione diffusa che la società semplice immobiliare sia indice fisiologico di attività elusiva. È poi convinzione di alcuni che le misure fiscali di *favor* nei confronti della fattispecie in esame, in quanto settoriali, non possano "impattare" sui più rigidi – e cristallizzati – schemi posti dal legislatore e poc'anzi men-

⁽⁵²⁾ Nondimeno, e sotto un punto di vista operativo, la ricostruzione in esame mira a risolvere – nel senso di evitarne la riproposizione – quelle problematiche che, derivanti dalla commistione tra istituti, caratterizzavano il regime previgente e che, come sopra anticipato, venivano risolte in chiave interpretativa attraverso una separazione tra i concetti di guadagno e di utile (per l'appunto poi recepita nell'impalcatura del codice civile del 1942). Di «purezza» parla BARALIS, *L'“eretica”*, cit., p. 2 s.

⁽⁵³⁾ Così COTTINO, *Diritto societario*, cit., p. 4.

⁽⁵⁴⁾ In merito cfr. la ricostruzione di MARASÀ, *Le “società” senza scopo di lucro*, cit., p. 67 ss.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto v., per tutti, le critiche di COTTINO, *Diritto societario*, cit., p. 3 ss.

⁽⁵⁶⁾ Così BARALIS, *L'“eretica”*, cit., p. 2 s.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. BARALIS, *L'“eretica”*, cit., p. 5 s.

zionati. Infine, vi sarebbe il pregiudizio circa il fatto che la dicotomia esclusiva attività agricola/commerciale, tipica dell'imprenditore individuale, sia parimenti esclusiva per il disposto dell'art. 2247 c.c.

Tali argomentazioni, seppur per motivi tra loro distinti, paiono a chi scrive (e non solo) non pienamente condivisibili per i motivi che seguono.

Innanzitutto, e con riferimento al profilo dell'elusività⁽⁵⁸⁾, la tesi secondo cui una società semplice di mero godimento immobiliare sia "per forza" costituita «al solo scopo di trarre vantaggio dalla condizione giuridica dei beni conferiti quale patrimonio autonomo, sottratto alle pretese dei creditori dei singoli conferenti» posto che «d'altra parte la società non svolge alcuna attività economica, ed i beni "conferiti" non sono, perciò, esposti ad alcun rischio»⁽⁵⁹⁾, parrebbe essere – così come precisato in dottrina⁽⁶⁰⁾ – un «grosso abbaglio». Relazionando infatti quanto sopra al disposto dell'art. 2270 c.c. – che assicura adeguata tutela ai terzi, di certo non "ostacolati" dall'adozione della struttura societaria della s.s. – emerge con chiarezza la congruità (o quantomeno la non incompatibilità) del "tipo" sociale in esame con il fine del godimento di immobili, ponendosi semmai il problema, sotto questo punto di vista, in tema di s.n.c. a sfondo immobiliare, a fronte del disposto dell'art. 2305 c.c.

Per quanto riguarda, poi, le norme di carattere fiscale, il tema è finanche più ampio e complesso. Questo, infatti, richiama il profilo dell'incontro-scontro tra normativa generale e normativa di settore, sempre più attuale nel contesto odierno⁽⁶¹⁾. In merito, il pregiudizio ipotizzato è quello per cui le norme di carattere fiscale che come noto ripetutamente ammettono la trasformazione di società a natura commerciale di semplice godimento (o non operative in genere), in società non commerciali di godimento⁽⁶²⁾, rivestano profilo meramente tributario, siano «dettate per finalità di carattere eccezionale»⁽⁶³⁾ e vengano formulate da un

⁽⁵⁸⁾ V., sul punto, MARULLI, *op. ult. cit.*, p. 141.

⁽⁵⁹⁾ Così GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., p. 67.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. BARALIS, *L'eretica*, cit., p. 5.

⁽⁶¹⁾ Per un inquadramento "filosofico" della questione v. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. Nonché MONTALENTI, *Diritto commerciale, diritto tributario, scienze aziendali: categorie disciplinari a confronto in epoca di riforme*, in *Giur. it.*, 2004, p. 684 ss.

⁽⁶²⁾ Cfr. le misure di cui all'art. 29, della l. 27 dicembre 1997, n. 449, rubricato «Assegnazione agevolata di beni ai soci e trasformazione in società semplici», su cui v. AA.VV., *Società immobiliari e comunioni di godimento ex art. 29 L. 449/97: diritto eccezionale o eccesso di potere legislativo?*, in *Società*, 2000, p. 1105 (nota a App. Trieste, 23 dicembre 1999).

⁽⁶³⁾ Sul punto v. Trib. Varese, 30 marzo 2010, in *Pluris*; Trib. Mantova, 3 marzo 2008, in *Società*, con nota di LUPETTI, *Se siano ammissibili*, cit. In merito v. poi Trib. Padova, 18

legislatore speciale che «lungi dall'abrogare implicitamente l'art. 2248 c.c., ha inteso semplicemente legittimare l'esistenza nell'ordinamento di una categoria di società semplici che possono avere per oggetto esclusivo o principale la gestione di beni immobili, con ciò senza smentire la tesi dell'inconciliabilità tra struttura societaria e finalità di mero godimento, ma consentendovi soltanto una deroga limitatamente al tempo della sua vigenza» (64).

Una tale lettura non pare condivisibile per un diverso ordine di motivi.

In primo luogo, poiché non si scorge la ragione teorica per cui “degradare” (65) la norma speciale in esame rispetto a quella generale, tanto più a fronte del suo carattere tutt'altro che temporaneo ed emergenziale (66). Carattere che implica il venir meno della «*fictio* della duplicità» – per non dire triplicità (67), o più – «dei legislatori», almeno per quanto attiene ad una fattispecie, quella in oggetto, «contemplata non già in funzione della sua espunzione dall'ordinamento giuridico, bensì nella prospettiva di una sua

aprile 1998, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 720 ss., con nota di MENTI, *Società semplice di gestione dei beni sociali?*; nonché, Trib. Milano, 10 dicembre 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, p. 82 ss.

(64) Così MARULLI, *op. ult. cit.*, p. 142.

(65) Così anche BARALIS, *L'“eretica”*, cit., p. 7.

(66) Ed infatti, al di là dell'intervento del 1997, cit. (cfr. *supra*), v. la l. 28 dicembre 2001, n. 448, art. 3, comma 8, valevole per le trasformazioni effettuate entro il 30 settembre 2002; la l. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 111, concernente la trasformazione di società non operative fino al 31 maggio 2007; la l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, comma 129, riferito a quelle effettuate entro il quinto mese dalla chiusura del periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2007. Recentemente, disposizioni agevolative sono state previste dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 115 ss., applicabili alle trasformazioni in società semplici effettuate entro il 30 settembre 2016, termine quest'ultimo prorogato sino al 30 settembre 2017 dalla l. 11 dicembre 2016, n. 232, art. 1, comma 565. In argomento cfr. di recente RAPONI, *Assegnazioni, cessioni e trasformazione agevolate: profili fiscali nella scelta della soluzione*, Studio n. 73-2017/T, approvato dalla Commissione Studi Tributarî in data 6 luglio 2017, reperibile al seguente *link*: www.notariato.it/sites/default/files/73-2017-T.pdf.

(67) Stante il disposto dell'art. 4, comma 1 e comma 3, Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, contenuto nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, ai sensi dei quali «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società», tuttavia «al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato». In argomento v. CAGNASSO, *Brevi note in tema di società pubblica immobiliare*, cit.

fisiologica permanenza»⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾. In secondo luogo, perché risulta difficile, a livello concettuale e sotto un profilo finanche costituzionale (chiara, sarebbe infatti, la disparità di trattamento), ammettere che un ente risultante da una trasformazione non possa anche essere direttamente costituito, posto che la parentesi temporale delineata dalla norma fiscale riguarda l'operazione di trasformazione, e non già la società semplice che ne deriva, la quale – percorsa la strada della trasformazione agevolata nei termini imposti – non è soggetta ad alcun limite di durata⁽⁷⁰⁾.

Ecco dunque che la norma fiscale richiederebbe di essere letta, a parere di chi scrive, quale norma di “apertura” per l'interprete. Altrimenti non scorgendosi la ragione della stessa, passibile di essere ricondotta – se

⁽⁶⁸⁾ Così MONTALENTI, *Diritto commerciale, diritto tributario*, cit., p. 685 s.

⁽⁶⁹⁾ È necessario riportare il passaggio argomentativo di SPADA, *Dalla società civile*, cit., p. 6, in quanto cruciale per l'esame che si conduce: «certo sembra, invece, che la società commerciale di mero godimento sia suscettibile di scioglimento volontario e che – previa liquidazione o in corso di liquidazione – i beni siano assegnati ai soci, profittando delle immunità dal diritto tributario comune che la legge accorda. Le medesime immunità sono concesse in caso di trasformazione in società semplice. Nella prospettiva della ragion politica della legge (propiziare la rimozione di società commerciali di mero godimento), era necessario e sufficiente abbattere i costi fiscali dell'assegnazione e, quindi, naturalmente se non necessariamente, del subentro di una comunione tra i soci al regime patrimoniale della società disciolta: e, in questa prospettiva, questa legge e – al netto di varianti di dettaglio – quelle che l'hanno preceduta possono apprezzarsi come eccezioni al diritto tributario comune. Provvisorie benché ripetute, almeno a datare dalla l. 724/1994 (art. 30). Ma estendere l'eccezione (immunità dal diritto tributario comune) alla trasformazione in società semplice (“Le medesime disposizioni si applicano alle società che hanno per oggetto esclusivo o principale la gestione dei predetti beni e che... si trasformano in società semplici”) ha l'innegabile significato di un'innovazione al diritto delle società risultante dal codice civile. Per lasciare intatto il quale sarebbe bastato prevedere una trasformazione in comunione, evenienza (quella della consecuzione tra regime societario del patrimonio e regime della contitolarità dello stesso senza soluzione di continuità – arg. *ex art.* 2498 c.c.) che oggi, a seguito della riforma organica del 2003, è testualmente iscritta nell'orbita semantica della trasformazione con riferimento alla “comunione d'azienda”. Come già avvenuto quando si è prevista la compatibilità tra tipi di società e funzione consortile e, poi, tra alcuni tipi (s.r.l. e s.p.a.) e unilaterali originaria dell'iniziativa (non senza ricordare il ripetuto uso funzionalmente divergente dall'art. 2247 c.c. dei tipi commerciali di società ad opera di legislazione speciale o singolare e la costituzione *ex lege* di società), la legislazione in parola ha innovato il codice civile disancorando la società semplice dal paradigma funzionale fissato nel '42 (all'esito del processo di unificazione dei codici civile e di commercio previgenti); così rendendo la società semplice, non solo il regime residuale d'esercizio di attività economiche collettive non commerciali (qual era per il testo originario del codice civile unificato), ma anche un regime societario facoltativo (rispetto a quello della comunione) del godimento collettivo (qualcosa di simile profilandosi in caso di costituzione di società commerciali per l'esercizio collettivo di attività economiche non commerciali, costituzione che disapplica il regime residuale denominato società semplice – art. 2249.2 c.c.)».

⁽⁷⁰⁾ In merito cfr., per tutti, CAGNASSO, *La società semplice immobiliare: un ritorno ai codici abrogati?*, cit., p. 698 s.

interpretata alla stregua di strumento di mera “salvaguardia” e tutela per le sole società commerciali a scapito della società semplice – a quell'impostazione un po' ipocrita e «pascalianamente molto gesuitica» (71) per cui sia meglio non affrontare, “di petto”, la problematica centrale delle s.s. e sviare casomai il problema su un altro tema, posto che, alla fine, è pur sempre meglio e meno sfacciato «*un peccato veniale*» (*nda*, la società di godimento se correlata ad, e derivante da, una precedente società commerciale) «che un peccato mortale» (*nda*, la società semplice “nata” quale società semplice di godimento) (72).

A valle di quanto sopra, vi sarebbe poi, come detto, il pregiudizio circa il fatto che la dicotomia esclusiva attività agricola/commerciale, tipica dell'imprenditore individuale, sia parimenti esclusiva per il disposto dell'art. 2247 c.c.: il tema è in questa sede solo accennato ma senza dubbio meritevole, in futuro, di un ulteriore specifico approfondimento. In argomento, basti ricordare infatti che – come evidenziato in sede dottrinale – «la natura del pregiudizio è più profonda di quanto potrebbe apparire perché non solo si ritiene tale esclusività “originaria” ai tempi della codificazione, ma la si ritiene così radicale da non potere essere smussata neppure oggi sulla base di un criterio sistematico generale che è quello per cui i concetti dogmatici (il sistema “ben ordinato”) debbono pur sempre correggersi in ragione di “premesse di decisione socialmente più adeguate”» (73).

In altri termini, l'impostazione tradizionale venuta a consolidarsi in materia risulta ad oggi essere dotata di un particolare vigore e di una forte “logicità”. Tuttavia, e al di là di quanto esposto nelle pagine che precedono, nuovi spazi interpretativi paiono emergere con forza da una più attenta rilettura del disposto di cui all'art. 2249 c.c., in astratto forse capaci di colmare – così come si dirà a breve per quanto attiene alle s.s. *holding* – lo “spazio vuoto” imposto dalla «attività diversa» di cui alla norma in ultimo citata, con aggiornati profili applicativi della fattispecie, senza dubbio meritevoli dell'opportuna considerazione sul piano teorico.

Ecco dunque che, a fronte delle argomentazioni accademiche sopra sommariamente esposte e da chi scrive condivise, la tesi – sempre più accolta, ma non univoca, di dottrina e giurisprudenza (74) – volta ad

(71) Così BARALIS, *L'“eretica”*, cit., p. 6.

(72) Nuovamente, BARALIS, *L'“eretica”*, cit., p. 6.

(73) Così BARALIS, *L'“eretica”*, cit., p. 2.

(74) Favorevoli alla tesi positiva, *ex multis*, BARALIS, *L'“eretica”*, cit.; MONTALENTI, p. 685; SPADA, *Dalla società civile*, cit.; CAGNASSO, *La società semplice immobiliare: un ritorno ai*

ammettere l'ammissibilità nell'ordinamento della società semplice immobiliare di mero godimento pare percorribile anche a fronte delle più rigide interpretazioni volte a leggere come "antitetico" il rapporto tra gli artt. 2247 e 2248 c.c. Interpretazioni che, a ben vedere, pur mantenendo un'indiscutibile importanza, parrebbero forse perdere oggi di vitalità a fronte di quel «diritto sopravvenuto» che ha progressivamente «disancorato tutti o alcuni degli enti organizzati, denominati "società", dal paradigma funzionale risultante dall'art. 2247 c.c., sia in punto di risultato collettivamente perseguito (divisione degli utili), sia – addirittura – in punto di esercizio dell'attività (che, programmaticamente, può essere collettivo oppure individuale)» (75).

Un quadro, questo in ultimo delineato, apprezzabile, in quanto – riterrei – più attento alle molteplici angolazioni fornite dalla realtà operativa di riferimento, laddove la gestione dei beni può quindi essere svolta contemporaneamente da più soggetti con modalità tali da configurare, in astratto ed in alternativa tra loro: (i) un'attività commerciale (laddove esercitata in maniera economica e con caratteristiche che presuppongano l'utilizzo e il coordinamento di uno o più mezzi di produzione), e come tale preclusa al "tipo" società semplice; (ii) un'attività non commerciale, ma pur sempre economica e finalizzata all'utile (laddove sia svolta senza necessità di coordinamento di mezzi della produzione e in assenza di qualsiasi organizzazione, come nel caso di società proprietaria di unità immobiliari locate in maniera stabile e nell'assenza di servizi accessori), e come tale automaticamente ricondotta nei perimetri della società semplice; e (iii) una mera comunione di godimento (qualora ai beni in oggetto non sia impresso il vincolo di destinazione produttivo economico tipizzante l'art. 2247 c.c.), e come tale estranea al fenomeno societario (76).

codici abrogati?, cit. In giurisprudenza v., di recente, e in senso dell'ammissibilità, Trib. Roma, 30 aprile 1981, in *Dir. fall.*, 1982, p. 158 ss.; Trib. Milano, 4 novembre 1993, in *Giur. Comm.*, 1994, II, p. 866 ss., con nota di ROZZI; Trib. Roma, 8 novembre 2016, in *Giur. it.*, 2017, p. 695 ss. con nota di CAGNASSO, *op. ult. cit.*; *Contra*, di recente, GHIONNI, *op. ult. cit.* CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, cit., p. 34, ove ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; CIAN, in *Diritto commerciale*, a cura di ID., Torino, 2014, p. 29; CIAN, *La nozione di società e i principi generali. L'organizzazione produttiva: elementi costitutivi*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Cian, 2018, p. 268 ss. In dottrina v. anche CAVANNA, *Appunti in tema di società di mero godimento*, in *Orientamenti e questioni di diritto commerciale e fallimentare. Atti del Convegno di Milano 10 marzo 2017*, in *Quad. Not.*, 39, 2017, p. 75 ss.; e STAGNO D'ALCONTRES, DE LUCA, *Le società. Le società in generale. Le società di persone*, Torino, 2015, p. 50 ss.

(75) Così SPADA, *Dalla società civile*, cit., p. 3.

(76) V. in argomento BUSANI, *Trasformazione con effetto nel Registro imprese*, il *Quot. del diritto*, 11 ottobre 2016. Sul punto v. anche COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI

7. – Conseguenza logica della suggerita conferma circa la legittimità della società semplice di godimento immobiliare sarebbe la (sempre suggerita) conferma circa la legittimità della società semplice di gestione/godimento mobiliare, e cioè della società semplice *holding*.

Il tema, in tal sede solo “sfiorato” in vista di un futuro approfondimento, riveste una particolare importanza operativa nell’odierno sistema giuridico-economico, posto che – in virtù della duttilità dello schema offerto dagli artt. 2251 e ss. e dei concreti vantaggi da questo garantiti in ambito di *governance* e di diritto successorio – non è raro vedere s.s. ai vertici di importanti gruppi finanziari. Tuttavia, lo stesso “nasconde” profili problematici di prima importanza, riconducibili ad aspetti di stampo tanto concettuale, quanto pratico.

I primi, in estrema sintesi, relativi alla necessità di rimanere entro i limita(n)ti spazi dettati dall’attività non commerciale, tanto più in caso di s.s. *holding* che esercita l’attività di direzione e coordinamento. Argomento, questo, di particolare spessore teorico che – a fronte di un dato testuale generico – porta in via di ipotesi a configurare anche la società semplice come soggetto di imputazione dell’attività di direzione e coordinamento, «a meno che si ritenga, ma il punto è controvertibile, che l’attività di direzione debba configurarsi (e perciò rilevi soltanto) non solo come attività di impresa (...) ma anche come attività di impresa commerciale» (77). E che, conseguentemente, implica di procedere con un’attenta distinzione tra (i) *holding* “tagliacedole” e (ii) *holding* capogruppo (78).

I secondi, invece relazionati a quelle dinamiche della prassi, all’interno delle quali, nonostante posizioni maggiormente aperte, «l’utilizzo della holding società semplice qualche serio rischio indubbiamente contiene e comporta», non sfuggendo inoltre che gli obiettivi perseguiti dalla fattispecie in commento vengono a ben vedere conseguiti grazie anche ad una

NOTARILI DELLE TRE VENEZIE, Orientamento societario, n. GA10, pubblicato nel settembre del 2016 e reperibile al seguente indirizzo: www.notaitriveneto.it/dettaglio-massime-triveneto-51-oggetto.html#inizio.

(77) Sul profilo specifico, e più in generale sulla materia, cfr. per tutti MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 317 e ss. (spec. p. 323).

(78) In argomento cfr. GALGANO e SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, p. 61 ss.; e MARASÀ, *Le società. Società in generale*, cit., p. 193 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.

“contaminazione” della materia, e pertanto «ad una forma societaria ben più sicura della ancora problematica società semplice» (79).

8. – In conclusione, riterrei opportuno soffermarmi sinteticamente su alcuni passaggi cruciali della materia.

In primo luogo, l'esame svolto – sebbene in via di sviluppo – confermerebbe la necessità di addivenire ad una rilettura del requisito dell'economicità dell'attività esercitata di cui all'art. 2247 c.c. al fine della costituzione della relativa fattispecie. Tale passaggio, infatti, pare propedeutico ad un'armonizzazione del fenomeno “società” con quelle realtà pur sempre “esistenti” ancorché da questo in linea teorica escluse (i) in quanto dirette alla realizzazione di un utile non derivante, però, dall'attività di produzione di beni o servizi; e (ii) poiché connotate dall'assenza di una qualsiasi forma organizzativa. La rivisitazione suggerita risulterebbe, in astratto, percorribile, anche a fronte del più ampio *trend* suggerito dalla dottrina (e progressivamente accolto in sede legislativa) volto ad «individuare una sempre più ampia pluralità di modelli, fino a rendere in qualche misura se non evanescente, quanto meno di difficile applicazione, il principio di tipicità» (80) (81).

In secondo luogo: il disposto dell'art. 2249 c.c. e, più in particolare, il tema della «attività diversa». Il profilo è critico poiché connotato da una previsione a tal punto ampia da permettere numerose incertezze interpretative e scogli applicativi. La norma in questione, nello specifico, potrebbe in effetti offrire un incoraggiamento per affermare la legittimità delle s.s. immobiliari, la cui attività rientrerebbe, volendo, tra quelle “diverse” di cui alla norma citata. Una tale soluzione andrebbe tuttavia vagliata con attenzione e risulterebbe pur sempre esposta ad agevoli critiche, in via di ipotesi poggianti sull'affermato rapporto di “specialità” intercorrente tra le previsioni dell'art. 2247 c.c. e dell'art. 2249 c.c. (82).

(79) In materia v. per tutti MARCHETTI, *Organizzazione del patrimonio e successione nell'impresa: società semplice, trust, holding estere, patto di famiglia*, in AA. VV., *L'impresa familiare: modelli e prospettive*, Milano, 2012, p. 25 ss. (relazione presentata al Convegno di studio “Adolfo Beria di Argentine”, *Problemi attuali di diritto e procedura civile*, Courmayeur, 30 settembre 2011).

(80) Così CAGNASSO, *La società semplice immobiliare: un ritorno ai codici abrogati?*, cit., p. 700.

(81) Sul punto, è d'obbligo il rinvio a MONTALENTI, *Il diritto societario dai “tipi” ai “modelli”*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 420 ss.

(82) Il profilo è problematico e senza dubbio meritevole di futuro approfondimento.

In particolare, a fronte delle distinte posizioni interpretative in questa sede brevemente esposte, una riformulazione della disposizione in direzione maggiormente analitica sarebbe dunque auspicabile, così come – ed ancor meglio – l'introduzione di una disciplina *ad hoc* della società non commerciale di godimento, la cui esistenza (i) è ormai contemplata dall'ordinamento per il tramite della legislazione fiscale; e (ii) avrebbe l'effetto di avvicinare il sistema societario italiano a realtà straniere, quali quella francese e quella tedesca, laddove o è prevista una disciplina *tailor made* per la fattispecie in oggetto (si pensi alla *Société Civile Immobilière* e alle previsioni in tema di società civile di cui al codice civile), o non vi è riferimento, nella nozione di società, al carattere produttivo dell'attività esercitata, la quale può dunque anche consistere nella gestione immobiliare (si pensi al BGB, il cui par. 705 afferma «*durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten*»).

In terzo luogo, il rapporto tra società semplice e restante disciplina societaria: qui pare oggi emergere la necessità che la s.s. assuma, grazie anche alla “libertà di strutture” che la caratterizza, un ruolo di primo rilievo teorico ed operativo.

Infine, e a chiusura di ragionamento, deve sempre essere tenuto a mente il profilo problematico dato dal necessario dialogo intercorrente tra norma generale e norma speciale, e la relativa opportunità di riconoscere, in un tale ambito, l'indiscutibile forza motrice delle materie “settoriali”, che divengono per certi aspetti “snodo” dell'evoluzione legislativa.

Un insieme di “appunti”, questi elencati, senza dubbio ancora “in divenire”, ma forse già capaci di assicurare, laddove tenuti in debita considerazione, una maggiore aderenza (così come ritengo debba essere) non già solo al dato formale della legge, bensì anche ad una logica di tipo pragmatico e ad una visione maggiormente dinamica dell'ordinamento giuridico.

GIOVANNI RINALDI

Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Bitcoin*. – 2.1 *Blockchain*. – 2.2. Consenso distribuito, teoria dei giochi e politica monetaria all'interno di *bitcoin*. – 2.3 *Privacy*, tracciabilità e pseudonimia. *Blockchain* e GDPR – 3. Moneta e criptomonete. – 3.1. Moneta elettronica, valute virtuali e criptomonete. – 4. Modelli di normazione del fenomeno criptomonetario: il Giappone e lo Stato di New York. I progetti legislativi della Federazione Russa e di Malta. – 5. La prospettiva europea. – 6. Il panorama italiano. – 7. Per una dialettica tra codice macchina e legislatore.

1. – Il fenomeno costituito dalle c.d. criptomonete ha assunto una rilevanza sempre crescente nel contesto economico e finanziario globale a partire dall'ultimo decennio. Se, nel periodo immediatamente successivo all'introduzione di *bitcoin*, avvenuta tra il 2008 ed il 2009, l'interesse nei confronti delle criptovalute in generale era ancora sostanzialmente circoscritto nell'ambito di una ristretta nicchia di operatori, la situazione attuale risulta radicalmente mutata ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Tra i numerosi studi esistenti in materia, meritano anzitutto di essere ricordati alcuni contributi tecnici redatti ad opera dei principali istituti bancari centrali: EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, Frankfurt am Main, 2012; BANK OF ENGLAND, *Innovations in Payment Technologies and the Emergence of Digital Currencies*, London, 2014; BANCA D'ITALIA, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"*, Roma, 2015; EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes – a Further Analysis*, Frankfurt am Main, 2015.

Con riferimento al mondo scientifico e accademico, si vedano, tra i molti: PATRICK e BANA, *Rule of Law Versus Rule of Code: A Blockchain-Driven Legal World*, *International Bar Association Legal Policy & Research Unit*, consultabile sul sito www.ibanet.org; DE FILIPPI, *Bitcoin: a regulatory nightmare to a libertarian dream*, consultabile sul sito www.policyreview.info; WRIGHT e DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, consultabile sul sito <https://papers.ssrn.com>.

Restringendo il campo di analisi alla letteratura giuridica italiana, cfr., senza pretesa di esaustività, BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. inf.*, 2017, 1, p. 27-54. FASSÒ, *Il regime fiscale dei bitcoins secondo una recente (e unica) prassi amministrativa. Un passo avanti e un'occasione mancata*, in *Strumenti Finanziari e Fiscalità*, 2017, 3, p. 105-113; CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 1, p. 107-119; LEMME, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 43, p. 1 ss.; CAPAROGNA, PERAINO, PERUGI, CECILI,

A meno di dieci anni di distanza dalla prima transazione in *bitcoin*, infatti, si registra l'esistenza di un vasto ecosistema in continua espansione, costituito da un insieme di oltre 2000 specie monetarie, tra le quali almeno 1500 risultano scambiate in un continuo flusso bidirezionale (in cui, cioè, è possibile svolgere operazioni di vendita e di acquisto di criptomoneta contro denaro avente corso legale ovvero contro altra criptovaluta e viceversa), su iniziativa di un numero sempre crescente di soggetti privati e istituzionali. In questo senso appare esemplificativo il riferimento a un dato fattuale, utile ad inquadrare la presente dimensione del fenomeno: la capitalizzazione di mercato delle criptomonete, dopo aver toccato, nel mese di gennaio del 2018, un massimo di circa 830 miliardi di dollari statunitensi, oscilla attualmente intorno ai 130 miliardi, con un volume di movimentazione giornaliera che supera i 15 miliardi. A titolo di confronto, basti considerare che, soltanto nel 2014, il valore complessivo delle criptovalute era compreso in un *range* tra 5 e 13 miliardi di dollari ⁽²⁾.

Il panorama delle criptomonete si presenta attualmente come un conglomerato variegato e multiforme nel quale, parallelamente a *bitcoin*, che restano ancora oggi la divisa crittografica più utilizzata e diffusa, è progressivamente emersa una moltitudine di *alternative-cryptocurrency* ⁽³⁾. Questa massiccia proliferazione può essere facilmente compresa tenendo

ZBOROWSKI e RUFFO, *Bitcoin: profili giuridici e comparatistici. Analisi e sviluppi futuri di un fenomeno in evoluzione*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2015, 3, p. 32-74; BURLONE e DE CARIA, *Bitcoin e le altre criptomonete. Inquadramento giuridico e fiscale*, consultabile sul sito <https://iris.unito.it>; MONTALCINI e SACCHETTO, *Bitcoin e criptovalute*, in *Diritto tributario telematico*, a cura di Montalcini e Sacchetto, Torino, 2017, p. 139-171; MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca impresa società*, 2016, 1, p. 111-139; GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 3, p. 415-442; VARDI, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 3, p. 443-456; GRECO, *Monete complementari e valute virtuali*, in *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, a cura di Paracampo, Torino, 2017, p. 197-216; BELLEZZA, *Blockchain*, in *Fintech*, cit., p. 217-228; ANNUNZIATA, *Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: le prime posizioni dell'ESMA*, in *Fintech*, cit., p. 229-238; DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in questa rivista, 2017, 2, p. 378-402. Per riferimenti monografici sulla materia si vedano CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Torino, 2015; SARZANA DI S. IPPOLITO e NICOTRA, *Diritto della Blockchain, Intelligenza Artificiale e IoT*, Milano, 2018; PERUGINI, *Distributed ledger technologies e sistemi di blockchain: digital currency, smart contract e altre applicazioni*, Vicalvi, 2018.

⁽²⁾ I dati qui riportati sono disponibili sul portale *CoinMarketCap*, consultabile sul sito <https://coinmarketcap.com/>.

⁽³⁾ Termine con il quale vengono generalmente indicate le criptomonete introdotte successivamente ai *bitcoin*.

conto delle elevatissime potenzialità di profitto offerte dal mercato cripto-valorario ⁽⁴⁾, che hanno indotto sviluppatori e *venture capitalist* ad impegnarsi nella realizzazione di progetti più o meno riusciti.

Ma vi è di più. Va rilevato che le criptovalute presentano, accanto all'aspetto puramente monetario, un ulteriore e forse più profondo profilo di attenzione. Almeno a partire dal 2014, infatti, si è segnalato con sempre maggior insistenza che l'elemento più interessante, nonché foriero di un vero e proprio momento di discontinuità tecnologica ⁽⁵⁾, risiede nella base tecnica che regola e allo stesso tempo rende possibile il funzionamento delle criptomonete: la *blockchain*.

Tale innovativa soluzione, concepita congiuntamente a *bitcoin*, trova origine nella brillante commistione di principi e schemi di ragionamento afferenti aree tematiche rimaste in precedenza concettualmente distanti, vale a dire la crittografia, le reti distribuite *Peer-to-Peer* (*p2p*), gli algoritmi di consenso, la teoria dei giochi e la politica monetaria ⁽⁶⁾.

Dal punto di vista dell'analisi giuridica l'indagine non può che essere condizionata dalle caratteristiche assolutamente nuove e originali della materia, dalla eterogeneità degli ambiti coinvolti dalle sue applicazioni

⁽⁴⁾ Il mercato delle criptomonete è caratterizzato, quasi endemicamente, da una estrema volatilità, circostanza che lo rende un veicolo ideale per l'effettuazione di operazioni speculative ad alto rischio di brevissimo termine: cfr. CHEAH e FRY, *Speculative Bubbles in Bitcoin markets? An Empirical Investigation into the Fundamental Value of Bitcoin*, in *Economics Letters*, 2015, 130, p. 32 ss.; YERMACK, *Is Bitcoin a Real Currency? An Economic Appraisal*, in *Nber Working Paper Series*, 2013, p. 10 ss. (consultabile sul sito <https://papers.ssrn.com>).

⁽⁵⁾ Tanto da portare alcuni ad affermare che «*the internet is entering a second era that's based on blockchain*»: D. TAPSCOTT e A. TAPSCOTT, *Realizing the Potential of Blockchain. A Multistakeholder Approach to the Stewardship of Blockchain and Cryptocurrencies*, p. 5 (pubblicato online dal *World Economic Forum*).

⁽⁶⁾ Cfr. WERBACH, *Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2018, 33, II, p. 503 ss. e GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 438. Si veda anche, per gli aspetti concernenti la politica monetaria in *bitcoin*, AMETRANO, *Hayek Money: the Cryptocurrency Price Stability Solution*, p. 13 (consultabile sul sito <https://papers.ssrn.com/>). Il sistema *bitcoin* presenta alcune analogie rispetto al pensiero della scuola economica austriaca ed in particolare alle teorie elaborate dal celebre Friedrich von Hayek nel suo *The Denationalization of Money* (London, 1976). Tuttavia, *bitcoin* e le altre criptovalute differiscono concettualmente e sostanzialmente dal meccanismo di concorrenza tra monete private teorizzato da Hayek, in quanto mancano di valore intrinseco e non sono idonee a soddisfare il Teorema della regressione sviluppato da Ludvig von Mises (*The Theory of Money and Credit*, New Haven, 1953): sul punto, cfr. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes – a Further Analysis*, cit., p. 22-23; CANTARELLA, *Perché Hayek avrebbe odiato il Bitcoin*, consultabile sul sito <http://www.rethinkecon.it>.

attuali o futuribili, come pure dall'assenza di un quadro normativo organico di riferimento.

Detti elementi da un lato impongono lo svolgimento di un esame settore per settore (o addirittura caso per caso) e, dall'altro, una certa prudenza classificatoria. Infatti, se la collocazione sistematica del fenomeno (o di una qualsiasi delle sue manifestazioni) all'interno delle tradizionali categorie dogmatiche avrebbe senz'altro il pregio di consentire una più agevole ricostruzione dei suoi risvolti giuridici, occorre comunque guardarsi dal rischio di forzare un piolo quadrato in un foro rotondo (7).

Inoltre, sembra impossibile prescindere da uno studio condotto in ottica comparata ed europea, stante la naturale idoneità del modello *blockchain* a trascendere i singoli confini nazionali, e a collocarsi, piuttosto, in una prospettiva globale. È indubbio infatti che il suo terreno di elezione sia rappresentato da Internet: una dimensione digitale intrinsecamente a-territoriale, «sincronicamente ovunque e in nessun luogo» (8); lo spazio telematico si estende su tutto il globo come una sorta di «sopra-mondo», privo di agganci terrestri e pertanto aperto «a tutte le soluzioni dell'artificialità» (9).

Il presente contributo focalizzerà l'attenzione sulle criptomonete, in quanto esse, oltre a costituire il primo, fondamentale e paradigmatico esempio di applicazione della *blockchain*, rappresentano la palestra all'interno della quale legislatori, autorità di regolamentazione e vigilanza, nonché giurisprudenza e dottrina, sono impegnati a sperimentare e tracciare le linee essenziali di un fenomeno complesso, ancora in divenire. Gli approdi di questa elaborazione costituiranno, con ogni probabilità, le basi teoriche su cui poggeranno le future riflessioni sui diversi ed ulteriori scenari di utilizzo della *blockchain*.

2. – Come si è accennato, il concetto di *blockchain* nasce contestualmente alle criptovalute (ed in particolare a *bitcoin*), quale risultato dell'ibridazione di principi provenienti da materie differenti. Anche nella prospettiva di uno studio in chiave giuridica, si mostra necessaria un'analisi

(7) L'espressione è stata efficacemente utilizzata dal giudice statunitense Teresa Pooler, la quale ha emblematicamente rilevato che «*attempting to fit the sale of bitcoin into a statutory scheme regulating money services businesses is like fitting a square peg into a round hole*» (State of Florida vs. Michell Abner Espinoza, Order Granting Defendant's Motion to Dismiss the Information, Criminal Division, Case n. F14-2923).

(8) BASSOLI, *La disciplina giuridica della seconda vita in Internet: l'esperienza Second Life*, in *Informatica e diritto*, 2009, 35, I, p. 165.

(9) IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 61-62.

delle principali componenti tecniche ed economiche che contribuiscono in maniera qualificante a formarne la struttura e a definirne gli schemi di funzionamento, in quanto tali aspetti si rivelano fondamentali ai fini di un inquadramento teorico e classificatorio.

Quanto alle istanze che si trovano alla base delle criptomonete, esse consistono, essenzialmente, nell'esigenza di garantire ai privati una più ampia sfera di libertà e riservatezza nell'utilizzo della moneta ⁽¹⁰⁾.

Il dibattito intorno al ruolo da attribuire, rispettivamente, allo Stato (o agli Stati) ed all'autonomia privata nel governo e nell'utilizzo della moneta, ha radici molto risalenti nel tempo ⁽¹¹⁾. Il denaro, oggetto dagli attributi quasi misteriosi ⁽¹²⁾, è infatti una *res* nei confronti della quale la pubblica autorità rivendica, sostanzialmente da sempre, un potere quasi illimitato, arrogandosi il diritto di coniarlo, di immetterlo oppure di ritirarlo dalla circolazione, di controllarne il valore ed il corso, di conferire ad esso efficacia solutoria. Il tutto con l'obiettivo, in ultima analisi, di renderlo oggetto e strumento della propria sovranità. In ragione del carattere strumentale della moneta rispetto al perseguimento delle finalità dello Stato i rapporti pecuniari sono collocati in un terreno dove il pubblico e il privato «mescono e si confondono» ⁽¹³⁾, un ambito entro il quale gli interessi dei privati e dell'autorità pubblica vengono spesso a trovarsi in aperta contrapposizione ⁽¹⁴⁾.

Nel contesto attuale, contrassegnato dal monopolio delle istituzioni monetarie centrali, statali o sovranazionali, in ordine all'emissione di moneta avente corso legale ⁽¹⁵⁾, le criptomonete si pongono l'ambizioso obiettivo di fornire, a chiunque e in qualunque luogo si trovi, un'alternativa all'utilizzo delle valute tradizionali e delle loro forme di circolazione,

⁽¹⁰⁾ In particolare, le radici ideologiche alla base dell'ideazione delle criptovalute si rinvencono nel movimento *cyberpunk*, che si poneva l'obiettivo di tutelare la privacy degli individui attraverso l'utilizzo della crittografia, delle firme digitali e della moneta elettronica: HUGHES, *A Cyberpunk's Manifesto*, 9 marzo 1993, consultabile sul sito <https://www.activism.net>. Sul punto, cfr. FRANCO, *Understanding Bitcoin, Understanding Bitcoin. Cryptography, Engineering and Economics*, Padstow, 2014, p. 161-162.

⁽¹¹⁾ Come messo in luce dalla migliore dottrina storico-giuridica (cfr., su tutti, GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960; ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928).

⁽¹²⁾ SAVIGNY, *Le obbligazioni*, I, traduzione dall'originale tedesco con Appendici a cura di Pacchioni, Torino, 1912, p. 379.

⁽¹³⁾ GROSSI, *Ricerche*, cit., p. 4.

⁽¹⁴⁾ Cfr. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, IX, I, Torino, 1999, p. 440.

⁽¹⁵⁾ Cfr. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, artt. 1277-1284, Bologna-Roma, 2011, p. 20.

che restano inevitabilmente soggette ai poteri di indirizzo politico-monetario e di controllo degli Stati.

Nel manifesto programmatico di *bitcoin*, pubblicato *online* sul finire del 2008 ⁽¹⁶⁾, viene sottolineata l'utilità di una forma di moneta digitale del tutto svincolata da autorità pubbliche e istituzioni finanziarie, il cui governo è basato sul modello di funzionamento delle reti paritarie ⁽¹⁷⁾: vale a dire un ambiente strutturalmente decentralizzato, ove i partecipanti sono posti su un piano di virtuale equivalenza ⁽¹⁸⁾. La necessità di ricorrere ad intermediari, che nei tradizionali sistemi di circolazione del denaro svolgono il fondamentale ruolo di garantire, controllare e sovrintendere alle transazioni, è superata per mezzo di una più matura e compiuta elaborazione degli schemi di funzionamento già in parte sperimentati (o teorizzati) nelle precedenti esperienze in materia di denaro crittografico ⁽¹⁹⁾.

2.1. – La *blockchain* consiste in una particolare forma di libro mastro distribuito (*distributed ledger*), raffigurabile attraverso l'immagine di una catena in continuo accrescimento, formata da anelli digitali (*block*) all'interno di ciascuno dei quali è racchiuso un certo numero di transazioni.

I trasferimenti di *bitcoin* non vengono validati singolarmente, ma in gruppi organizzati in blocchi concatenati l'uno all'altro, quasi come fossero le pagine di un libro. Tali transazioni sono iscritte con un metodo che ricorda da vicino le scritture contabili in partita doppia: semplificando, all'interno di ciascun blocco la differenza complessiva tra dare e

⁽¹⁶⁾ Il 31 ottobre del 2008, compare in rete uno scritto dal titolo *Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System* (consultabile sul sito <https://bitcoin.org>), a firma di una identità pseudonima che risponde al nome di Satoshi Nakamoto.

⁽¹⁷⁾ All'interno delle reti *p2p* ogni macchina connessa può fungere sia da *client* che da *server*, a seconda delle circostanze. Non esiste, quindi, una struttura gerarchica predeterminata: cfr. KWONG e KWOK, *Peer-to-Peer Computing. Applications, Architecture, Protocols and Challenges*, Boca Raton-London-New York, 2012, p. 1.

⁽¹⁸⁾ Proprio in ragione dell'assenza di un sistema centralizzato di controllo, le reti *peer to peer* sono state definite «*a democratic computing environments*»: ANDROUTSELLIS-THEOTOKIS e SPINELLIS, *A Survey of Peer-to-Peer Content Distribution Technologies*, in *ACM Computing Surveys*, 2004, 36/4, p. 370.

⁽¹⁹⁾ Basti pensare ai fondamentali contributi di David Lee Chaum (*Blind Signatures for Untraceable Payments*, in *Advances in Cryptology: Proceedings of CRYPTO '82*, New York, 1982; *Online Cash Checks*, Amsterdam, 1989, consultabile sul sito <https://link.springer.com>), Wei Dai (*B-money, an Anonymous, Distributed Electronic Cash System*, consultabile sul sito www.weidai.com) e Nick Szabo (*Bit gold*, consultabile all'indirizzo <http://unenumerated.blogspot.it>).

avere, vale a dire tra *bitcoin* trasmessi e *bitcoin* ricevuti, deve sempre corrispondere a zero. La *blockchain* tiene traccia dell'attuale situazione di titolarità di tutti i *bitcoin* esistenti e della catena di trasferimenti che li ha riguardati a partire dalla loro creazione, in uno storico perpetuo delle transazioni.

Quantomeno a livello teorico, ciascun *bitcoin* è trasferibile ma non duplicabile ⁽²⁰⁾ (non può essere trasmesso contemporaneamente a due o più soggetti diversi) e costituisce, quindi, ciò che è stato definito «*a digital scarce asset*» ⁽²¹⁾, ovverosia una risorsa digitale unica che esiste come posta contabile all'interno del registro *blockchain*. Il concetto di unicità digitale, dal punto di vista informatico, rappresenta una caratteristica di notevolissima rilevanza, che si contrappone all'infinita replicabilità che normalmente connota i contenuti elettronici.

Un altro aspetto di importanza dirimente è costituito dall'attributo della decentralizzazione. La *blockchain*, infatti, non viene mantenuta attraverso una struttura centralizzata e gerarchica di tipo *Server-Client* (S/C) ma, al contrario, è condivisa e replicata tra tutti i nodi ⁽²²⁾ che partecipano alla rete. Ciò consente che il trasferimento di *bitcoin* da un soggetto ad un altro avvenga in maniera completamente distribuita, sul modello di funzionamento paritario delle architetture *p2p*. La struttura è completamente *permissionless*, nel senso che chiunque può prendere parte al *network* in qualità di nodo e contribuire al suo funzionamento ⁽²³⁾.

2.2. – Il pregio maggiore del sistema *bitcoin* è forse quello di permettere a individui estranei tra loro di confidare nella sicurezza delle transazioni immesse nella *blockchain*, senza dover riporre fiducia in soggetti intermediari, enti certificatori, oppure nel potere deterrente o coercitivo dell'ordinamento giuridico ⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr. AMETRANO, *Oltre l'oro digitale? Ben poco altro*, consultabile all'indirizzo <http://nova.ilsole24ore.com/>.

⁽²¹⁾ INTESA SANPAOLO, International and Regulatory Affairs Dept, *ESMA Call for Evidence Investment using virtual currency or distributed ledger technology*, consultabile sul sito www.esma.europa.eu.

⁽²²⁾ Per nodo si intende una macchina che prende parte e contribuisce al sistema *bitcoin*: cfr. FRANCO, *Understanding Bitcoin*, cit., p. 5.

⁽²³⁾ Attualmente, si stima che i nodi *bitcoin* attivi siano circa 10.000: cfr. *Global Bitcoin Nodes Distribution*, disponibile sul portale <https://bitnodes.earn.com>.

⁽²⁴⁾ Cfr. WERBACH e CORNELL, *Contracts Ex Machina*, in *Duke Law Journal*, 2017, 67, consultabile all'indirizzo: <https://papers.ssrn.com>; WRIGHT e DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology*, cit., p. 4 ss., consultabile sul sito <https://papers.ssrn.com>.

Il problema alla base è quello di assicurare, in assenza di un ente gerarchicamente sovraordinato agli utilizzatori ⁽²⁵⁾, avente il compito di sorvegliare le operazioni attraverso il mantenimento di una banca dati di riferimento, un meccanismo che sia in grado di conferire al sistema un elevato livello di sicurezza, scongiurando le conseguenze negative di comportamenti fraudolenti o comunque lesivi.

Detta problematica, in *bitcoin*, viene superata (ma non risolta in termini assoluti) mediante un approccio di tipo probabilistico, fondato sull'impiego della teoria dei giochi ⁽²⁶⁾, che si concretizza in un ingegnoso algoritmo di consenso distribuito di tipo *Proof-of-Work*. Tale struttura si basa su un sistema di incentivazione economica che induce i partecipanti a rispettare le regole di funzionamento del protocollo, rendendo tendenzialmente svantaggiose le condotte disoneste ⁽²⁷⁾.

Occorre poi aggiungere che il medesimo algoritmo di consenso (fondato su una maggioranza che non è numerica, ma si basa sulla potenza elaborativa) viene utilizzato, oltre che per la validazione delle transazioni, anche per le eventuali modifiche o i possibili aggiornamenti della componente *software* di *bitcoin*.

Il delicato equilibrio tra pesi e contrappesi si completa con alcuni elementi a cavallo tra scienza computazionale e politica monetaria: l'offerta complessiva di *bitcoin* è predeterminata *ab origine*, risultando, dunque, totalmente inelastica rispetto alla domanda ⁽²⁸⁾. I *bitcoin* vengono infatti emessi esclusivamente come ricompensa per la creazione di nuovi blocchi. La difficoltà di risoluzione del problema crittografico connesso alla formazione di questi ultimi si adegua automaticamente ogni due settimane, adattandosi alla potenza di elaborazione totale immessa nella rete *bitcoin*, in misura tale da consentire che un nuovo blocco venga aggiunto alla catena, mediamente, ogni dieci minuti.

Il crescere della potenza elaborativa complessivamente spesa nel *network* e il conseguente incremento della difficoltà dei calcoli richiesti per aggiungere nuovi blocchi, rende, parallelamente, sempre più sicuro il sistema, aumentandone nel contempo l'attrattiva per investitori e pubblico, in quello che può essere definito un circolo virtuoso. Inoltre, il numero

⁽²⁵⁾ La cui eliminazione è proprio l'obiettivo che si intende raggiungere con l'introduzione di *bitcoin*.

⁽²⁶⁾ SUNGWOOD, *Game Theory Solutions for the Internet of Things: Emerging Research and Opportunities*, Hershey, 2017, p. 87 ss.

⁽²⁷⁾ Ci si riferisce al meccanismo sul quale è improntato il c.d. *mining*: in argomento, si veda FRANCO, *Understanding Bitcoin*, cit., p. 111 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. AMETRANO, *Hayek Money*, cit., p. 13.

massimo di *bitcoin* è prefissato: la quantità di unità monetarie in circolazione aumenta in serie geometrica, dimezzandosi ogni quattro anni, fino a raggiungere un limite che tende asintoticamente a 21 milioni ⁽²⁹⁾. L'insieme di queste condizioni simula, in un certo modo, il progressivo esaurimento (o per meglio dire il costante aumento della difficoltà estrattiva) dell'oro ⁽³⁰⁾, conferendo a *bitcoin* una natura intrinsecamente deflattiva.

Nel complesso, il sistema realizza una condizione che è stata definita di «*trustless trust*» ⁽³¹⁾, vale a dire un meccanismo di affidamento collettivo che per sostenersi ed operare non ha bisogno del supporto di organi gerarchicamente sovraordinati rispetto ai suoi utilizzatori: gli eventuali contrasti non vengono risolti attraverso l'intervento di un'autorità sovraordinata, ma automaticamente, nell'approccio strutturalmente decentralizzato del consenso distribuito. Questi stessi attributi rendono *bitcoin* difficile da censurare o manomettere, in quanto non vi è un punto centrale di controllo che può essere bloccato oppure condizionato. Il sistema, tuttavia, resta astrattamente fallibile.

2.3. – Le transazioni *bitcoin* non sono anonime, bensì pseudonime. Tutte le operazioni effettuate all'interno del sistema sono registrate e archiviate nella *blockchain* (ciascuna con una propria marcatura temporale), e restano liberamente consultabili, per un periodo di tempo illimitato, da qualunque soggetto, anche se questi non partecipa alla rete.

L'identità degli utilizzatori, tuttavia, è parzialmente protetta dall'utilizzo della pseudonimia: infatti la *blockchain* non include informazioni che consentono di risalire (direttamente) alla persona che ha effettuato il trasferimento, ma soltanto alla sua chiave pubblica ⁽³²⁾. Si è però da più parti evidenziato che un tale mascheramento non esclude la possibilità di ricavare, attraverso un incrocio dei dati contenuti nella *blockchain* unitamente alle tracce lasciate sul *web* dal soggetto che ha concretamente disposto le operazioni, la reale identità dell'individuo cui è riconducibile la chiave pubblica e, quindi, tutte le transazioni che lo hanno riguardato ⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ Si stima che questo limite verrà raggiunto nel 2140, quando saranno stati emessi 20,99999998 milioni di *bitcoin*: ANTONOPULOS, *Mastering Bitcoin*, Sebastopol, 2015, p. 175-176.

⁽³⁰⁾ Cfr. AMETRANO, *Hayek Money*, cit., p. 14.

⁽³¹⁾ Cfr. HOFFMAN, *Why the blockchain matters*, in *Wired*, 15/02/2015. Sul punto, si veda anche WERBACH, *Trust, But Verify*, cit., p. 9 ss.

⁽³²⁾ Cfr. FRANCO, *Understanding Bitcoin*, cit., p. 209 ss.

⁽³³⁾ Cfr. EENMAA-DIMITRIEVA e SCHMIDT-KESSEN, *Regulation Through Code as a safe-*

Ben si comprende, dunque, perché in *bitcoin*, così come in tutti gli altri strumenti tecnologici basati sul concetto di *blockchain*, sussista una tensione fondamentale tra le esigenze postulate dalla tracciabilità delle operazioni e la riservatezza dei suoi utilizzatori. Come si è detto, infatti, il funzionamento del sistema è reso possibile dall'esistenza di un registro pubblico, perpetuo e immodificabile, contenente tutte le transazioni avvenute. È evidente che questo limite costituisce un *vulnus* non trascurabile nei confronti della tutela della *privacy*, visto il carattere personale e la rilevanza delle informazioni che possono essere contenute all'interno della *blockchain*, specialmente nel caso in cui tali dati non si riferiscano (soltanto) a trasferimenti di fondi.

A tal proposito si profila un possibile contrasto con le fonti normative, nazionali e sovranazionali, in materia di protezione della riservatezza, diritto all'oblio e obbligo di rettifica.

Le probabili incompatibilità risultano particolarmente stridenti con riferimento alle disposizioni del Regolamento europeo n. 679 del 2016 (*General Data Protection Regulation*), relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali ⁽³⁴⁾, applicabile a far data dal 25 maggio 2018. In particolare il Regolamento, oltre a prevedere una definizione piuttosto ampia di «dato personale», categoria nella quale viene ricompresa qualunque informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile, sia in maniera diretta che indiretta ⁽³⁵⁾, dispone [art. 5, paragrafo 1, lett. d)] che nei confronti dei dati personali debbano «essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati». Ancor più esplicitamente, gli artt. 16 e 17 sanciscono il diritto, per l'interessato, di ottenere dal titolare del trattamento dei dati personali la cancellazione, la rettifica o l'integrazione degli stessi.

È evidente che l'applicazione di tali disposizioni normative presenterà problematiche di non poco rilievo nei confronti dei sistemi *blockchain*, i quali trovano nell'immutabilità delle informazioni contenute al loro inter-

guard for implementing smart contracts in no-trust environments, in *European University Institute Working Papers*, 2017, 13, p. 17-19.

⁽³⁴⁾ Con riferimento ai rapporti tra il regolamento GDPR e il fenomeno *blockchain*, si vedano HANSEN e REYES, *Legal Aspects of Smart Contract Applications*, consultabile sul sito <https://www.virtualcurrencyreport.com>, p. 14; DELAHUNTY, *What Does the EU's GDPR Mean for Blockchain?*, consultabile sul sito <https://www.newsbtc.com>; BOMPRESZI, *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2017, p. 28-29.

⁽³⁵⁾ Art. 4, n. 1 del Reg. UE n. 2016/679.

no la migliore garanzia della propria sicurezza e affidabilità. Né può valere ad escludere le tecnologie *blockchain* dal campo di applicazione del Regolamento la considerazione per cui i dati vengono conservati in forma pseudonima: infatti, il GDPR estende l'applicabilità delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali anche alle informazioni pseudonimizzate, in quanto tale accorgimento non è sufficiente a impedire in radice l'identificabilità dell'individuo a cui si riferiscono le informazioni "mascherate" ⁽³⁶⁾.

Ulteriori difficoltà si riscontrano anche con riferimento all'individuazione del soggetto titolare del trattamento dei dati, in considerazione del carattere strutturalmente decentralizzato delle *blockchain*, che comporta l'assenza di un centro di imputazione delle condotte. Le criticità appena rappresentate hanno indotto alcuni operatori del settore a lanciare un appello al legislatore europeo affinché preveda l'esenzione delle tecnologie *blockchain* dal campo di applicazione del Regolamento ⁽³⁷⁾, anche in ragione del pesante quadro sanzionatorio che esso prevede.

Attualmente, le uniche criptomonete ad apparire potenzialmente conformi alle disposizioni del GDPR sono le c.d. *privacy coin* (come ad esempio Monero), che sembrano in grado di garantire un effettivo anonimato agli utilizzatori, in quanto non conservano all'interno della propria *blockchain* alcuna «*personally identifiable information*» ⁽³⁸⁾, vale a dire informazioni che consentono di individuare l'utente all'interno del sistema ⁽³⁹⁾.

3. – La natura poliforme che connota dal punto di vista tecnico il fenomeno criptovalutario si riverbera, inevitabilmente, anche sul versante del diritto. A livello internazionale, legislatori, autorità di vigilanza e regolamentazione, dottrina e giurisprudenza oscillano nel collocare le cripto-

⁽³⁶⁾ Si veda, a questo riguardo, il considerando 26 del regolamento: «è auspicabile applicare i principi di protezione dei dati a tutte le informazioni relative a una persona fisica identificata o identificabile. I dati personali sottoposti a pseudonimizzazione, i quali potrebbero essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni, dovrebbero essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile (...)».

⁽³⁷⁾ LIAO, *Major blockchain group says Europe should exempt Bitcoin from new data privacy rule*, consultabile sul sito <https://www.theverge.com>.

⁽³⁸⁾ GARG, *New European Privacy Laws Could Spell Doom for Blockchain Businesses*, consultabile sul sito <https://btcmanager.com>.

⁽³⁹⁾ Sempre il considerando 26 del regolamento prosegue: «(...) i principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca».

monete all'interno della categoria dei mezzi di pagamento, degli strumenti o dei prodotti finanziari, dei beni. E questo quando non affermano esplicitamente che il loro utilizzo è proibito oppure, addirittura, che ricade al di fuori della sfera di regolazione di qualsiasi disciplina.

A ben vedere, l'attrazione nell'ambito di una, plurime (o paradossalmente nessuna) delle possibili collocazioni sistematiche dipende, in primo luogo, da quale aspetto o funzione, tra quelli che concorrono a formare la struttura delle criptomonete, venga ritenuto prevalente rispetto gli altri.

L'unico punto fermo che accomuna la totalità degli ordinamenti, in ossequio al risalente concetto di Stato «signore della zecca» (*Münzherr* ⁽⁴⁰⁾), come tale geloso custode della propria sovranità monetaria, è costituito dalla circostanza che nessun legislatore, sino ad oggi, ha attribuito potere solutorio legale a una qualsiasi criptomoneta.

La sola, parziale, eccezione è costituita dal Venezuela, che ha recentemente coniato la prima criptomoneta di Stato, il *petro*. La Repubblica venezuelana si è contestualmente impegnata ad accettare questa nuova criptomoneta come forma di pagamento per un'ampia serie di rapporti che intercorrono tra cittadino e pubblica amministrazione («*national taxes, fees, contributions and public services*» ⁽⁴¹⁾).

A parte il Venezuela, che in ogni caso non sembra, almeno per il momento, voler attribuire al *petro* efficacia liberatoria *ex lege* in ordine ai pagamenti tra privati, sembra possibile escludere in radice la riconducibilità giuridica delle criptomonete al concetto di moneta in senso legale,

⁽⁴⁰⁾ Cfr. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit., p. 395.

⁽⁴¹⁾ GOVERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA, *Petro, White Paper – Beta, Financial and Technology Proposal, March 15, 2018*, p. 14, consultabile sul sito <http://www.elpetro.gob.ve>.

Secondo le ottimistiche previsioni del Governo, il *petro* costituirà uno strumento per il miglioramento della stabilità economica e l'indipendenza finanziaria del Paese, nonché un primo passo verso la creazione di un sistema monetario internazionale più equo. Complessivamente, verrà immesso sul mercato un numero di 100 milioni di unità criptomonete, il cui valore dovrebbe essere garantito dalle riserve di greggio del Venezuela, per un totale corrispondente a circa 6 miliardi di dollari, secondo l'equazione per cui a un *petro* corrisponde un barile di petrolio. Intorno alla suddetta iniziativa, tuttavia, aleggia un generale scetticismo, ascrivibile alla scarsa fiducia nutrita dai mercati nei confronti dell'affidabilità del Governo venezuelano (cfr. THE ECONOMIST, 17 marzo 2018, *Venezuela's crypto-currency: salvation or scam?*, consultabile sul sito <https://www.economist.com>). Occorre poi segnalare che il *petro* è già stato oggetto di sanzioni: infatti, un ordine esecutivo emesso il 19 marzo 2018 dal Presidente degli Stati Uniti ha proibito qualsiasi operazione, effettuata nel territorio o da cittadini USA, riguardante ogni criptomoneta emessa dal Venezuela (*Executive Order on Taking Additional Steps to Address the Situation in Venezuela*, Issued on March 19, 2018).

vista, appunto, l'assenza di un contesto normativo che conferisca loro potere solutorio *ex lege* nei confronti delle obbligazioni pecuniarie.

Tale posizione appare condivisa pressoché universalmente ⁽⁴²⁾. In proposito meritano di essere ricordati alcuni tra i pareri più autorevoli espressi da autorità e regolatori.

Per la Banca Centrale Europea «*legally, Bitcoin [il concetto espresso dalla BCE può essere riferito alla generalità delle criptomonete] is not a currency, does not have the status of legal tender*» ⁽⁴³⁾; «*virtual currency is (...) not money or currency from a legal perspective*» ⁽⁴⁴⁾.

Per il *Financial Crimes Enforcement Network* del Dipartimento del Tesoro statunitense, può essere propriamente definita moneta soltanto «*the coin and paper money of the United States or of any other country that is designated as legal tender and that circulates and is customarily used and accepted as a medium of exchange in the country of issuance*». Dunque le valute virtuali, diversamente da quelle “reali”, sono considerate «*a medium of exchange that operates like a currency in some environments, but does not have all the attributes of real currency. In particular, virtual currency does not have legal tender status in any jurisdiction*» ⁽⁴⁵⁾. Orientamenti simili sono stati espressi da banche centrali e autorità di vigilanza di numerosi Paesi appartenenti all'area del G20, tra i quali Germania ⁽⁴⁶⁾, Francia ⁽⁴⁷⁾, Italia ⁽⁴⁸⁾, Sud Africa ⁽⁴⁹⁾ e Regno Unito ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴²⁾ Sul punto, cfr. LAW LIBRARY OF CONGRESS, *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions – Alderney, Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Canada, Chile, China, Croatia, Cyprus, Denmark, Estonia, European Union, Finland, France, Germany, Greece, Hong Kong, Iceland, India, Indonesia, Ireland, Israel, Italy, Japan, Malaysia, Malta, Netherlands, New Zealand, Nicaragua, Poland, Portugal, Russia, Singapore, Slovenia, Spain, South Korea, Taiwan, Thailand, Turkey, United Kingdom*, consultabile sul sito www.loc.gov.

⁽⁴³⁾ EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes – a Further Analysis*, cit., p. 30.

⁽⁴⁴⁾ *Ivi*, p. 4.

⁽⁴⁵⁾ DEPARTMENT OF THE TREASURY, FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK, *Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies*, p. 1, consultabile sul sito www.fincen.gov.

⁽⁴⁶⁾ BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT, *Bitcoins: Aufsichtliche Bewertung und Risiken für Nutzer*, consultabile sul sito www.bafin.de.

⁽⁴⁷⁾ BANQUE DE FRANCE, *L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs: enjeux, risques et perspectives*, *Focus*, n. 16, 2018.

⁽⁴⁸⁾ BANCA D'ITALIA, *Comunicazione del 30 gennaio 2015 – Valute virtuali*, consultabile sul sito www.bancaditalia.it.

⁽⁴⁹⁾ SOUTH AFRICA RESERVE BANK, NATIONAL PAYMENT SYSTEM DEPARTMENT, *Position Paper on Virtual Currencies*, consultabile sul sito www.golegal.co.za.

⁽⁵⁰⁾ BANK OF ENGLAND, *Quarterly Bulletin*, 2014 Q3, 54, 3, consultabile sul sito www.bankofengland.co.uk.

3.1. – Prima di proseguire oltre nell'indagine, sembra opportuno operare alcune precisazioni di ordine definitorio e terminologico fra le diverse fattispecie di «moneta elettronica», «valuta virtuale» e «criptomoneta».

Tra la categoria della moneta elettronica e quella della valuta virtuale intercorrono differenze essenziali ⁽⁵¹⁾; nell'ambito del diritto dell'Unione Europea può affermarsi, in estrema sintesi, che l'espressione «moneta elettronica» ⁽⁵²⁾ identifica esclusivamente quegli strumenti di pagamento che incorporano nel proprio supporto, digitale o magnetico, un credito nei confronti di un istituto finanziario o bancario ⁽⁵³⁾: la *electronic money* costituisce una semplice rappresentazione elettronica (vale a dire un surrogato digitale) della stessa somma di moneta avente corso legale conferita ai fini della sua emissione.

In argomento è intervenuta anche la Banca Centrale Europea, la quale ha chiarito che, mentre all'interno dei sistemi di moneta elettronica il collegamento diretto tra *electronic money* e valute tradizionali è garantito e protetto dall'ordinamento (in quanto i fondi sottostanti sono espressi nella medesima unità di conto, ad esempio l'euro o il dollaro), nel caso di acquisto di valute virtuali l'unità di riferimento non è legata a una moneta legale (dato che quest'ultima, all'atto della compravendita, viene convertita in moneta virtuale), ed il loro valore è regolato unicamente dal meccanismo della domanda e dell'offerta ⁽⁵⁴⁾.

Stanti queste palesi difformità di carattere tecnico e sostanziale, deve necessariamente ritenersi inapplicabile nei confronti delle valute virtuali la disciplina europea prevista in materia di moneta elettronica ⁽⁵⁵⁾, conclu-

⁽⁵¹⁾ Cfr. GRECO, *Monete complementari e valute virtuali*, cit., p. 198 ss.; MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, cit., p. 121 ss.; GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 421 ss.

⁽⁵²⁾ Si vedano, in particolare, le dir. 2000/46/CE (c.d. *Electronic Money Directive 1*) e 2009/110/CE (EMD 2).

⁽⁵³⁾ Cfr. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell'IVA*, Torino, 2013, p. 361; FASSÒ, *Il regime fiscale dei bitcoins*, cit., p. 105.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, cit., p. 16. Si vedano anche GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 422 e MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, cit., p. 127. Inoltre, l'attività degli istituti autorizzati all'emissione di moneta elettronica è sottoposta a forme di controllo e vigilanza prudenziale piuttosto stringenti, stabilite al fine di assicurare un livello adeguato di tutela dei consumatori e di salvaguardare la fiducia nel sistema monetario. Lo stesso non può certo affermarsi con riferimento alle *virtual currency*.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, cit., p. 24; GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 422 ss.; MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, cit., p. 121 ss.

sione, questa, confermata anche dalla dir. 2018/843/UE del 30 maggio 2018 ⁽⁵⁶⁾, che sarà oggetto di specifico approfondimento nel prosieguo.

Con riferimento alla relazione che intercorre tra la categoria delle *virtual currency* e quella delle criptomonete, essa può essere ricondotta a un rapporto di genere a specie ⁽⁵⁷⁾.

4. – Ad oggi, le criptovalute sono state oggetto di interventi normativi organici soltanto nell'ambito di un ristrettissimo novero di ordinamenti. Tale circostanza contribuisce senza dubbio ad alimentare il contesto di generale incertezza che si registra in ordine alla definizione e alla regolamentazione della materia.

Tra le pochissime eccezioni merita di essere segnalato il caso del Giappone ⁽⁵⁸⁾, Paese dotato di una delle legislazioni più avanzate in materia. All'interno del c.d. *Virtual Currency Act* ⁽⁵⁹⁾, entrato in vigore nell'aprile del 2017 in modifica di alcune disposizioni della normativa finanziaria e di prevenzione al trasferimento dei proventi illeciti, è contenuta una definizione di valuta virtuale che pone queste ultime all'interno di un peculiare paradigma collocato tra il modello proprietario e quello dei mezzi di pagamento. Per «*virtual currency*» deve, infatti, intendersi «1) [a] *proprietary value that may be used to pay an unspecified person the price of any goods purchased or borrowed or any services provided and may be*

⁽⁵⁶⁾ La quale, al considerando 10, chiarisce che «le valute virtuali non dovrebbero essere confuse con la moneta elettronica quale definita all'articolo 2, punto 2, della direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio».

⁽⁵⁷⁾ Sul punto, la BCE ha suggerito una classificazione che discrimina le diverse valute virtuali sulla base delle loro modalità di interazione con la moneta e l'economia tradizionale, suddividendole in tre gruppi.

All'interno della prima tipologia (*type 1, closed virtual currency schemes*) sono riconducibili le valute spendibili esclusivamente all'interno di un contesto virtuale e che, pertanto, presentano un collegamento molto ridotto con l'economia reale. Il secondo gruppo (*type 2, virtual currency schemes with unidirectional flow*) è costituito dalle monete che possono essere acquistate con valuta legale, secondo un tasso di cambio prefissato. Lo schema è definito unidirezionale in quanto non è possibile compiere l'operazione inversa di convertire la moneta virtuale in valuta reale. Diversamente, la terza categoria (*type 3, virtual currency schemes with bidirectional flow*) ricomprende le monete virtuali che consentono lo svolgimento di operazioni di vendita e acquisto contro denaro avente corso legale (e viceversa) e che si pongono, pertanto, in un rapporto di piena interoperabilità con il mondo esterno. I *bitcoin* e la quasi totalità delle altre criptomonete vengono ricomprese in quest'ultimo sottoinsieme, quali valute virtuali di tipo 3: Cfr. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, cit., p. 5 ss. Sul punto, si veda anche BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale*, cit., p. 52-53.

⁽⁵⁸⁾ In argomento, cfr. PATRICK e BANA, *Rule of Law Versus Rule of Code* cit., p. 14 ss.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *The Virtual Currency Act explained*, consultabile sul sito <https://bitflyer.com/>.

sold to or purchased from an unspecified person (...) and that may be transferred using an electronic data processing system; or 2) [a] proprietary value that may be exchanged reciprocally for proprietary value specified in the preceding item with an unspecified person and that may be transferred using an electronic data processing system» (60).

Dunque le valute virtuali, le quali sono ritenute un *asset* e non sono considerate alla stregua di uno strumento finanziario (61), rappresentano un valore proprietario e, quindi, un bene, al quale viene però espressamente riconosciuta la capacità di assolvere alla funzione di strumento convenzionale di pagamento.

Altro modello di sicura rilevanza è costituito dal quadro regolatorio predisposto dal Dipartimento dei servizi finanziari dello Stato di New York (c.d. *BitLicense* (62)), entrato in vigore nel 2015 e applicabile nei confronti dei soggetti che svolgono attività economico-commerciali connesse alle monete virtuali, riguardanti lo Stato di New York o un suo residente, con esclusione delle operazioni effettuate per scopi non finanziari (63).

La normativa *BitLicense*, oltre a prevedere una serie di obblighi inerenti la corretta informazione dei clienti, la solidità patrimoniale dell'operatore e i poteri delle autorità di vigilanza, fornisce, per ciò che qui interessa maggiormente, un'interessante definizione di valuta virtuale: «*Virtual Currency means any type of digital unit that is used as a medium of exchange or a form of digitally stored value*» (64). La definizione sembra presentare, almeno in una certa misura, analogie con quella del *Virtual Currency Act* giapponese. Infatti, anche se all'interno della regolamentazione dello Stato di New York non viene forse valorizzata la funzione di strumento di pagamento delle valute virtuali (certamente non in termini paragonabili a quelli della normativa del Giappone), sembra comunque delinearsi un

(60) NAKAZAKI e KWAI, *Development of Legal Framework for Virtual Currencies in Japan – Bill Submitted to the Diet*, consultabile sul sito www.amt-law.com.

(61) Cfr. *The Virtual Currency Act explained*, cit.

(62) NEW YORK STATE, DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES, *New York Codes, Rules and Regulations, Title 23. Department of Financial Services, Chapter I. Regulations of the Superintendent of Financial Services, Part 200. Virtual currencies*. In argomento cfr. PATRICK eBANA, *Rule of Law Versus Rule of Code*, cit., p. 12 ss.; D'AGOSTINO, *Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 90/2017*, in *Rivista di Dritto Bancario*, 2018, 1, p. 20-21.

(63) NEW YORK STATE, DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES, *New York Codes, Rules and Regulations* cit., Section 200.2 – Definitions, lett. q).

(64) *Ivi*, section 200.2 – definitions, lett. p).

concetto di *virtual currency* che è, allo stesso tempo, mezzo di scambio e *asset* digitale suscettibile di autonoma valutazione economica.

Nonostante l'esperienza di New York resti confinata al livello della regolazione statale ⁽⁶⁵⁾, circostanza che ha indotto numerose società a trasferire altrove negli USA le proprie attività al fine di sottrarsi alla sua applicazione ⁽⁶⁶⁾ (al momento risultano essere in possesso dell'autorizzazione *BitLicense* soltanto pochissimi operatori, tra i quali Circle ⁽⁶⁷⁾ e Ripple ⁽⁶⁸⁾), essa ha comunque suscitato un considerevole interesse.

In particolare, la normativa è stata presa a modello dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (conosciuta anche come *Uniform Law Commission* o ULC), un'importante associazione che promuove l'uniformità legislativa tra gli Stati USA in settori dove l'omogeneità normativa risulta particolarmente auspicabile. Nella proposta di regolamentazione complessiva della materia delle *virtual currency*, avanzata dalla ULC nell'ottobre del 2017 ed elaborata di concerto con autorità governative statunitensi e rappresentanti del mercato criptomonetario, le valute virtuali vengono definite «*a digital representation of value that: (i) is used as a medium of exchange, unit of account, or store of value; and (ii) is not legal tender, whether or not denominated in legal tender [...]*» ⁽⁶⁹⁾. La formulazione, ampiamente tributaria dell'esperienza *BitLicense* ⁽⁷⁰⁾, si rivela particolarmente efficace, in quanto appare in grado di coniugare adeguatamente le diverse componenti del fenomeno ed in particolare l'aspetto "pseudo-monetario" con il profilo di risorsa digitale, unitamente all'ulteriore e opportuna esplicitazione che non si tratta di strumenti dotati di potere solutorio *ex lege*.

Si ritiene inoltre opportuno segnalare il recente progetto di legge federale del Governo russo sui beni finanziari digitali (О цифровых

⁽⁶⁵⁾ Esempio che non risulta, al momento, essere stato seguito da altri Stati USA, ad esclusione di alcuni progetti di legge come il California BitLicense Bill: cfr. PATRICK e BANA, *Rule of Law Versus Rule of Code*, cit., p. 8-9.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. ROBERTS, *Behind the "exodus" of bitcoin startups from New York*, consultabile sul sito <http://fortune.com>.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. CAFFYN, *Circle Granted First BitLicense by NYDFS*, consultabile sul sito <https://www.coindesk.com>.

⁽⁶⁸⁾ NEW YORK STATE, DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES, *DFS Grant Virtual Currency License to XRP II, LLC, an Affiliate of Ripple. Four Virtual Currency Firms Have Now Received Approval by DFS to Operate in New York*, consultabile sul sito <https://www.dfs.ny.gov>.

⁽⁶⁹⁾ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, *Uniform Regulation of Virtual-Currency Businesses Act*, art. 1, section 102 – definitions, n. 23.

⁽⁷⁰⁾ Circostanza confermata dagli stessi redattori: «*this act was drafted with the experience of New York State's BitLicense regulation and its critics in mind*» (ivi, p. 9).

финансовых активах ⁽⁷¹⁾), presentato alla Duma il 20 marzo 2018, volto a definire il contesto giuridico delle criptovalute. Il testo prevede una serie di elementi che risultano di grande interesse e che denotano una riflessione approfondita sul tema. Ai sensi del progetto di legge, per bene finanziario digitale deve intendersi una figura di proprietà espressa in forma elettronica e creata attraverso strumenti crittografici. Il diritto proprietario su questi beni è certificato attraverso il loro inserimento nel registro delle transazioni. Nella categoria dei c.d. beni finanziari digitali sono espressamente ricondotte le criptomonete, le quali sono definite come una tipologia di bene finanziario digitale, che viene creata e contabilizzata all'interno di un registro distribuito. Si specifica poi chiaramente che i beni finanziari digitali non hanno potere solutorio *ex lege* nel territorio della Federazione Russa.

Un altro aspetto rilevante è rappresentato dalla espressa definizione normativa dei concetti di transazione digitale (azione o sequenza di azioni finalizzate alla creazione, emissione o circolazione di beni finanziari digitali); registrazione digitale (informazione relativa ad un bene finanziario digitale, fissata in un registro elettronico delle transazioni) e registro distribuito di transazioni (*database* nel quale le transazioni sono simultaneamente immagazzinate, create e aggiornate, sulla base di un particolare algoritmo, all'interno degli strumenti di archiviazione di tutti i partecipanti) ⁽⁷²⁾.

Da ultimo, tra le più recenti iniziative legislative volte a regolare la materia delle criptomonete, merita una particolare attenzione il progetto di legge del Governo maltese, presentato al Parlamento il 24 marzo 2018. La proposta di legge, intitolata «*an ACT to regulate the field of Initial Virtual Financial Asset Offerings and Virtual Financial Assets and to make provision for matters ancillary or incidental thereto or connected therewith*» ⁽⁷³⁾, risulta essere stata approvata in via definitiva in terza lettura ⁽⁷⁴⁾. Nella legge, le criptovalute vengono definite «*virtual financial asset*», ovvero «*[a] form of digital medium recordation that is used as a digital medium of exchange, unit of account, or store of value*» ⁽⁷⁵⁾. Nonostante la nomenclatura utilizzata possa far sembrare diversamente, il testo specifica espres-

⁽⁷¹⁾ Il progetto di legge è consultabile sul sito <http://asozd2c.duma.gov.ru>.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*.

⁽⁷³⁾ Bill no. 44, *Virtual Financial Assets Bill*. Il testo del progetto di legge è consultabile sul sito <http://justiceservices.gov.mt>.

⁽⁷⁴⁾ Si veda il sito istituzionale del Parlamento di Malta, all'indirizzo <https://parliament.mt>.

⁽⁷⁵⁾ Bill no. 44, cit., C. 785.

samente che i *virtual financial asset* non devono essere considerati strumenti finanziari ⁽⁷⁶⁾.

5. – Nell'ambito dell'Unione europea, il tema delle criptomonete e, più in generale, dei risvolti applicativi del concetto di *blockchain*, è stato oggetto di riflessione e approfondimento. Possono essere qui citati, a titolo meramente esemplificativo, il lavoro redatto dall'*European Parliamentary Research Service*, significativamente intitolato *How Blockchain Technology Could Change Our Lives* ⁽⁷⁷⁾ e l'istituzione di un Osservatorio e *Forum* sulle *blockchain* ⁽⁷⁸⁾.

Dal punto di vista della qualificazione giuridica delle criptomonete, riveste un'importanza centrale la definizione adottata dal legislatore europeo con la dir. 2018/843/UE del 30 maggio 2018 ⁽⁷⁹⁾ (in modifica della c.d. IV direttiva antiriciclaggio e che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 10 gennaio 2020), la quale definisce le valute virtuali «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo *status* giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente» ⁽⁸⁰⁾.

L'*iter* che ha portato alla formulazione definitiva della norma risulta di spiccato interesse, in quanto si mostra rappresentativo, oltre che di un parziale mutamento della posizione assunta dagli organi legislativi dell'UE, anche della difficoltà di racchiudere le peculiari e molteplici caratteristiche delle *virtual currency* all'interno di una definizione normativa.

Inizialmente, nella proposta di direttiva del 5 luglio 2016 ⁽⁸¹⁾, la definizione di valuta virtuale era sostanzialmente modellata su quella ela-

⁽⁷⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁷⁾ BOUCHER, NASCIMENTO e KRITIKOS, *How Blockchain Technology Could Change Our Lives. In-depth Analysis*, European Parliamentary Research Service, Scientific Foresight Unit, 2017.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, Press release, *European Commission launches the EU Blockchain Observatory and Forum*, consultabile sul sito <http://europa.eu>.

⁽⁷⁹⁾ Direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE.

⁽⁸⁰⁾ *Ivi*, art. 1, modifiche della dir. (UE) 2015/849, n. 2, lett. *d*).

⁽⁸¹⁾ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la dir. (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica la dir. 2009/101/CE, COM (2016) 450 final.

borata in precedenza dall'Autorità Bancaria Europea (ABE) ⁽⁸²⁾, adottata anche dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 2016 sulle valute virtuali 2016/2007 (INI) ⁽⁸³⁾. In assonanza con quanto rilevato dall'Autorità Bancaria Europea, la proposta di direttiva del 5 luglio 2016 descriveva le valute virtuali come rappresentazioni digitali di valore, non emesse da alcuna banca centrale o ente pubblico, né necessariamente collegate a una moneta legale, che vengono accettate quali mezzi di pagamento e che possono essere memorizzate, trasferite o scambiate in via elettronica ⁽⁸⁴⁾.

Prima di tentare qualche considerazione sulla portata delle modifiche operate dal Parlamento europeo sul testo della definizione, con le quali sono stati accolti i rilievi critici manifestati dalla BCE rispetto alla proposta di direttiva, sui quali si dirà tra poco, si ritiene utile premettere alcune osservazioni sulla sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in data 22 ottobre 2015 ⁽⁸⁵⁾.

In detta pronuncia la CGUE si è espressa, per la prima ed unica volta, sulla materia delle criptovalute. La decisione, sebbene riguardi l'applicabilità delle esenzioni dall'imposta sul valore aggiunto, previste dalla direttiva 2006/112/CE (c.d. direttiva IVA), nei confronti degli operatori che svolgono attività di cambio di valuta virtuale contro valuta tradizionale e viceversa, fornisce, comunque, degli elementi di notevole rilevanza ai fini dell'inquadramento delle criptomonete. La Corte, infatti, condividendo le conclusioni rassegnate dall'avvocato generale Juliane Kokott nell'ambito della controversia ⁽⁸⁶⁾, afferma che «la valuta virtuale a flusso bidirezionale “bitcoin” [...] non può essere qualificata come “bene materiale” ai sensi dell'articolo 14 della direttiva IVA», ovvero come «un titolo che conferisce un diritto di proprietà su persone giuridiche né un titolo di

⁽⁸²⁾ EUROPEAN BANK AUTHORITY, *EBA Opinion on 'virtual currencies'*, p. 5. Per l'ABE «VCs [Virtual Currencies] are a digital representation of value that is neither issued by a central bank or a public authority, nor necessarily attached to a FC [Fiat Coin], but is accepted by natural or legal persons as a means of payment and can be transferred, stored or traded electronically».

⁽⁸³⁾ PARLAMENTO EUROPEO, P8_TA (2016) 0228, *Valute virtuali*, p. 3.

⁽⁸⁴⁾ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la dir. (UE) 2015/849, cit., art. 1, n. 2, lett. c).

⁽⁸⁵⁾ Corte UE, 22 ottobre 2015, C-264/14, *Skatteverket contro David Hedqvist*. Con riferimento a questa decisione, cfr. MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, cit., p. 129-130; MONTALCINI e SACCHETTO, *Bitcoin e criptovalute*, cit., p. 293-295; LEMME, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale*, cit., p. 9.

⁽⁸⁶⁾ Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 16 luglio 2015 nella causa C-264/14.

natura comparabile»⁽⁸⁷⁾, poiché «non ha altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento»⁽⁸⁸⁾. Tale criptovaluta deve, piuttosto, essere considerata un «mezzo di pagamento contrattuale»⁽⁸⁹⁾. Le attività di acquisto e vendita di criptomoneta conto terzi «non ricadono nella nozione di “cessione di beni”»⁽⁹⁰⁾ costituendo, piuttosto, una prestazione di servizi. Quindi, ad avviso della CGUE, la finalità di mezzo di pagamento che connota *bitcoin* consente di applicare anche alle attività di cambio di criptovaluta contro moneta legale l'esenzione prevista dall'art. 135, par. 1, lett. e) della dir. 2006/112/CE (che esclude dal pagamento dell'IVA le operazioni finanziarie relative a divise, banconote e monete con valore liberatorio), in quanto detto articolo, in conformità con il principio di neutralità fiscale sul quale è fondato il sistema comunitario dell'imposta sul valore aggiunto, non può essere interpretato nel senso di limitarne l'applicazione alle sole valute legali.

Può quindi concludersi che la Corte di Giustizia europea pone indubbiamente in risalto la funzione di strumento convenzionale di pagamento delle criptomonete, ritenendola assorbente rispetto alle altre componenti⁽⁹¹⁾. I riflessi di questa impostazione si colgono nella definizione di valuta virtuale contenuta nel testo del 5 luglio 2016 della proposta relativa alla modifica della IV direttiva antiriciclaggio, nella quale, infatti, le *virtual currency* vengono definite una rappresentazione di valore digitale accettata da persone fisiche e giuridiche «come mezzo di pagamento»⁽⁹²⁾.

Tuttavia, la Banca Centrale Europea, nel parere istituzionale reso in merito alla suddetta proposta⁽⁹³⁾, ha manifestato serie perplessità in ordine all'adeguatezza della definizione di valuta virtuale ivi contenuta e, più in generale, sull'approccio tenuto dagli organi legislativi dell'Unione europea.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, la BCE ritiene che la proposta di direttiva appaia incoraggiare o promuovere eccessivamente l'utilizzo delle valute virtuali, specie in relazione al particolare contesto della propo-

⁽⁸⁷⁾ Corte UE, 22 ottobre 2015, C-264/14, par. 52.

⁽⁸⁸⁾ *Ivi*, par. 24.

⁽⁸⁹⁾ *Ivi*, par. 42.

⁽⁹⁰⁾ *Ivi*, par. 26.

⁽⁹¹⁾ Cfr. PATRICK e BANA, *Rule of Law Versus Rule of Code*, cit., p. 19.

⁽⁹²⁾ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la dir. (UE) 2015/849, cit., art. 1, n. 2, lett. c).

⁽⁹³⁾ BANCA CENTRALE EUROPEA, *Parere della Banca Centrale Europea del 12 ottobre 2016 su una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica la Direttiva 2009/10/CE*.

sta di direttiva, relativo al contrasto del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo. Il rilievo origina dalla considerazione che non sarebbero manifestati con sufficiente chiarezza i rischi associati all'impiego delle *virtual currency*, e in particolare: la volatilità (superiore a quella delle valute legali e che non sempre sembra essere correlata a fattori economico-finanziari, potendo quindi essere dovuta a manipolazioni del mercato); l'assenza di garanzie in ordine alla futura convertibilità delle valute virtuali in moneta tradizionale; i pericoli che correrebbe il sistema finanziario (e il *vulnus* che subirebbe la funzione di controllo delle banche centrali nei confronti dell'emissione di moneta) nel caso in cui si verificasse un notevole incremento dell'utilizzo delle valute virtuali ⁽⁹⁴⁾.

Quanto alla definizione di «valuta virtuale», la Banca Centrale Europea formula delle osservazioni che risultano di estremo interesse. La BCE mostra infatti di non condividere la considerazione (rinvenibile non soltanto nella proposta di direttiva 5 luglio 2016, ma anche nella sentenza CGUE C-264/14) per cui la finalità del tutto prevalente delle *virtual currency* sarebbe quella di fungere da mezzi di pagamento: «la definizione di “valute virtuali” come mezzi di pagamento di cui alla proposta di direttiva non tiene conto del fatto che in talune circostanze le valute virtuali possono essere utilizzare a fini diversi dal pagamento»; ciò in quanto «gli utilizzi delle valute virtuali (...) possono comprendere prodotti di riserva di valore a fini di risparmio e investimento, come prodotti relativi a strumenti derivati, materie prime e titoli» ⁽⁹⁵⁾, circostanza che si rivela ancor più evidente con riferimento alle *virtual currency* di nuova generazione, basate su implementazioni più evolute del paradigma *block-chain*.

La BCE ritiene pertanto che sarebbe più corretto qualificare le valute virtuali «mezzi di scambio» anziché «mezzi di pagamento» ⁽⁹⁶⁾. Inoltre, la Banca Centrale Europea reputa che tale definizione dovrebbe, altresì, esplicitare chiaramente la non riconducibilità giuridica delle *virtual currency* al concetto di moneta legale, seguendo l'esempio del *Virtual Currency Act* giapponese e della definizione di valuta virtuale proposta dalla *Uniform Law Commission* statunitense.

L'analisi della BCE risulta fundamentalmente condivisa dal Parlamento europeo, il quale, nel mese di marzo del 2017, a seguito della prima lettura della proposta di direttiva, ha così modificato la definizione conte-

⁽⁹⁴⁾ *Ivi*, paragrafo 1.1.2.

⁽⁹⁵⁾ *Ivi*, paragrafo 1.1.3.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*.

nuta nel testo del 5 luglio 2016: «‘*virtual currencies*’ means a digital representation of value that is neither issued by a central bank or a public authority, nor ~~necessarily~~ ⁽⁹⁷⁾ attached to a ‘legally established’ fiat currency, ‘which does not possess the legal status of currency or money’, but is accepted by natural or legal persons as a means of ~~payment~~ ‘exchange’, and ‘possibly also for other purposes, and which’ can be transferred, stored or traded electronically» ⁽⁹⁸⁾.

Il testo finale, approvato dal Parlamento europeo con la risoluzione legislativa del 19 aprile 2018, adotta quest’ultima definizione, con l’unica differenza costituita dall’eliminazione della precisazione secondo la quale le valute virtuali possono essere utilizzate anche per scopi ulteriori rispetto a quello di mezzo di scambio ⁽⁹⁹⁾, evidentemente ritenuta superflua. Detta specificazione è, invece, contenuta nel considerando 10, il quale costituisce una nuova aggiunta rispetto alla formulazione originaria della proposta di direttiva. In esso viene chiarito che le valute virtuali sono suscettibili di ampi scenari di utilizzo, consistenti, oltre che nell’impiego come mezzi di scambio, nell’uso quali strumenti di investimento o prodotti di riserva di valore, ovvero ancora in funzione di strumento di pagamento ⁽¹⁰⁰⁾.

Dalla definizione contenuta nella dir. 2018/843/UE emerge una nozione di *virtual currency* priva di qualsiasi accezione “monetaria” o “valutaria”, almeno in senso tecnico. Infatti, nonostante la norma adotti il termine «valute», tale espressione va interpretata alla luce del testo della norma (ove si statuisce espressamente che le valute virtuali non possiedono lo *status* giuridico di valuta o moneta e, quindi, non possono qualificarsi come tali dal punto di vista dell’ordinamento) e del concetto di *virtual*

⁽⁹⁷⁾ Il testo barrato indica le modifiche effettuate rispetto alla proposta di direttiva iniziale.

⁽⁹⁸⁾ EUROPEAN PARLIAMENT, *Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC (COM (2016)0450 – C8-0265/2016 – 2016/0208(COD))*, Ordinary legislative procedure: first reading.

⁽⁹⁹⁾ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 19 aprile 2018 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la dir. (UE) 2015/849, relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica la dir. 2009/101/CE [COM (2016) 0450 – C8-0265/2016 – 2016/0208 (COD)], art. 1, n. 2, lett. d): «“valute virtuali”: una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente».

⁽¹⁰⁰⁾ *Ivi*, considerando 10.

currency accolto dalla Banca Centrale Europea, la quale ha chiarito che l'utilizzo della locuzione «valute virtuali» non comporta in alcun modo un avvicinamento delle criptovalute alla nozione giuridica o economica di denaro, rispetto al quale esse risultano ontologicamente e strutturalmente difformi ⁽¹⁰¹⁾.

Ancora, appare significativa la scelta di sostituire l'espressione «mezzo di pagamento», utilizzata nella formulazione originaria della proposta di direttiva, con quella «mezzo di scambio», presente nel testo finale. A ben vedere, infatti, nella dicotomia tra mezzi di scambio e mezzi di pagamento riecheggia l'antica contrapposizione tra le diverse accezioni giuridico-economiche del denaro ⁽¹⁰²⁾, tra il concetto di moneta quale merce e quello di moneta come strumento legale di pagamento e tra la teoria nominalistica e la concezione metallista del denaro ⁽¹⁰³⁾.

Già Georg Friedrich Knapp, nella sua *Staatliche Theorie des Geldes* ⁽¹⁰⁴⁾, dalla quale prende il nome la c.d. *State Theory of Money*, per la quale il denaro è una creazione dello Stato, individuava una fondamentale differenza tra i beni di scambio e la moneta. Infatti, mentre i primi sono idonei a «soddisfare direttamente i bisogni umani» ⁽¹⁰⁵⁾, il denaro non è utilizzabile al di fuori dell'ordinamento monetario. Esso, di conseguenza, non rappresenta un bene di scambio (non è una merce), bensì un mezzo di scambio o, più esattamente, un mezzo di pagamento statale ⁽¹⁰⁶⁾. Sul punto,

⁽¹⁰¹⁾ «Even if the terms “virtual currency” and “virtual currency schemes” are used in this report, Eurosystem central banks do not recognize that these concepts would belong to the world of money or currency as used in economic literature, nor is virtual currency money, currency or a currency from a legal perspective»: EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes – a Further Analysis*, cit., p. 23.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 3-4.

⁽¹⁰³⁾ Secondo le teorie metalliste, la cui origine può essere fatta risalire sino ai brocardi di Azzone (*Brocardica aurea Azonis*, Neapoli 1568 = rist. anast. Azonis *Brocarda*, Augustae Taurinorum 1967, ff. 36v-37r), l'essenza e il valore della moneta è riconducibile al metallo che contiene: essa, in sostanza, è una merce. Si vedano, sul punto, GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 97 ss. e ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, cit., p. 9.

All'opposto, per la concezione nominalista, che rappresenta ormai una costante di tutti gli ordinamenti contemporanei e le cui basi moderne sono state delineate da Dumoulin (*Tractatus commerciorum, contractuum, et usurarum, reddituumque pecunia constitutorum, et monetarum*, auctore Carolo Molinaeo, Coloniae Agrippinae, 1606) e Pothier (*Traité du prêt de consommation*, in *Œuvres de R.-J. Pothier, contenant les traités du droit Français*, par M Dupin Aîné, XIII, Bruxelles, 1831) la moneta è meramente un *signum* e, come tale, non ha valore in sé stessa, ma solo in quanto il Sovrano le ha impresso sopra un determinato *valor impositus*.

⁽¹⁰⁴⁾ KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, Liezpig, 1905.

⁽¹⁰⁵⁾ INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 14.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, p. 9.

autorevole dottrina ha osservato che la moneta si differenzia dai beni economici in quanto, mentre il valore di questi ultimi dipende dalla valutazione economica della loro utilità, il denaro non è una merce con un valore proprio, ma esprime in sé «solamente la dichiarazione di un *nomen* (quantitativo e qualitativo) di unità monetaria» ⁽¹⁰⁷⁾, secondo quanto stabilito dall'autorità statale. Diversamente, qualora la moneta venga presa in considerazione esclusivamente come mezzo di scambio (e quindi disgiuntamente dalla sua funzione di strumento di pagamento), la prospettiva cambia radicalmente e «si guarda evidentemente al denaro quale merce» ⁽¹⁰⁸⁾.

Il contenuto e la portata della definizione di valuta virtuale adottata dal legislatore europeo si colgono ancor più nitidamente avendo riguardo alla classica tripartizione delle funzioni del denaro (mezzo di scambio ⁽¹⁰⁹⁾, unità di conto ⁽¹¹⁰⁾ e riserva di valore ⁽¹¹¹⁾), elaborata dalla

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 140.

⁽¹⁰⁸⁾ DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 4; si veda anche dello stesso autore la voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 242 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Nel senso che essa è utilizzata come strumento di intermediazione generale nello scambio di beni e servizi, allo scopo di superare le limitazioni del baratto. Il denaro assolve la funzione di mezzo di scambio se ed in quanto il soggetto che accetta moneta quale corrispettivo della cosa venduta può confidare nel fatto che potrà, successivamente, offrire sul mercato la stessa moneta ricevuta in cambio di altre utilità. Da un punto di vista più marcatamente giuridico, detta funzione si trova in stretta correlazione con la qualità che contraddistingue la moneta legale, ovvero sia il suo essere strumento di pagamento statale (potrebbe dirsi mezzo di scambio imposto *ex lege*), al quale l'ordinamento attribuisce efficacia liberatoria e ne sancisce l'irrefutabilità (cfr. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 4).

⁽¹¹⁰⁾ Il denaro, proprio perché *medium of exchange* universale, consente di esprimere il valore economico di qualsiasi bene con il quale esso è posto in relazione. Ogni entità scambiabile riceve «una etichetta in termini di moneta» (RESCIGNO, *Moneta e Stato, Moneta e Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2017, 2, p. 312), attraverso la quale, nonostante le oggettive e ineliminabili differenze che intercorrono tra le varie specie e categorie di beni, servizi o utilità prese di volta in volta in considerazione, diviene possibile formulare «equazioni omogenee in termini di valore» (INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 3): ogni cosa esprimibile in denaro diventa direttamente comparabile con tutte le altre. Va da sé che la moneta, per poter assolvere pienamente a questa funzione, deve possedere una certa stabilità, sia in termini di apprezzamento (deflazione) che di deprezzamento (inflazione). Infatti, se essa non conserva, almeno in buona misura, il suo potere di acquisto nel tempo, cessa anche sua possibilità di utilizzo come unità di misura dei valori: chiunque riceve moneta deve potersi aspettare che, in un momento posteriore, potrà acquistare beni o servizi di valore pari o quantomeno simile a quelli che aveva ceduto precedentemente in cambio di quella stessa somma di denaro (cfr. RESCIGNO, *Moneta e Stato*, cit., p. 313). Ne consegue che, nel caso in cui si verificano manifeste oscillazioni nel tempo, il denaro non potrà fungere correttamente da unità di conto e di misura del valore.

⁽¹¹¹⁾ La moneta, quale riserva di liquidità, costituisce un mezzo per il trasferimento del potere di acquisto dal presente al futuro. In altri termini, il denaro può essere accantonato in

letteratura economica e sostanzialmente accolta anche dalla scienza giuridica ⁽¹¹²⁾.

Ebbene, con riferimento alle criptovalute, è agevole rilevare che esse (attualmente) sono in grado di assolvere soltanto parzialmente alle tre funzioni tradizionali del denaro. Nello specifico, nonostante le valute virtuali possano certamente fungere da mezzo di scambio convenzionale tra le parti (come riconosciuto espressamente, ad esempio, nella definizione di valuta virtuale adottata nella nuova dir. 2018/843/UE, nella normativa *BitLicense* dello Stato di New York e nel progetto di legge sui *Virtual Financial Asset* della Repubblica di Malta), sussistono tuttavia rilevanti limitazioni, di ordine estrinseco e intrinseco, che inficiano la loro attitudine ad adempiere alle altre due funzioni della moneta ed in particolare a quella di unità di conto. Con riferimento a tale ultimo aspetto, è stato autorevolmente sostenuto che l'attuale (ancora piuttosto modesto) livello di adozione delle criptovalute da parte della generalità degli operatori economici, unitamente alla estrema volatilità del loro valore sul mercato (e, di conseguenza, del loro potere di acquisto), compromettono irrimediabilmente la possibilità di un loro utilizzo quali *unit of account* ⁽¹¹³⁾. Per chiarire questo passaggio è sufficiente un esempio pratico: nell'arco di pochi anni il valore di una pizza è passato da alcune migliaia di *bitcoin* a meno di un centesimo ⁽¹¹⁴⁾. Sussistono, inoltre, limitazioni di carattere tecnico, inerenti i meccanismi di funzionamento delle criptomonete, che le rendono parzialmente inidonee per lo svolgimento di scambi di limitato valore economico ⁽¹¹⁵⁾. Infine, quanto alla capacità delle criptomonete di assolvere alla

un dato momento per poi essere utilizzato successivamente: chiaramente, tale funzione risulta compromessa se il valore della moneta è oggetto di una diminuzione sensibile.

⁽¹¹²⁾ Nell'ambito della sterminata letteratura sul tema, si vedano in particolare NUSBAUM, *Money in the Law: National and International. A Comparative Study in the Borderline of Law and Economics*, Brooklyn, 1950, p. 11 ss.; SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, cit., p. 4 ss.; ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, cit., p. 48 ss.; INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 3 ss.; RESCIGNO, *Moneta e Stato*, cit., p. 312 ss.

⁽¹¹³⁾ JOINT ECONOMIC COMMITTEE CONGRESS OF THE UNITED STATES, *Report on the 2018 Economic Report of the President*, Washington, 2018, p. 217 ss.; EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, cit., p. 23 ss.

⁽¹¹⁴⁾ PRICE, *Someone in 2010 bought 2 pizzas with 10,000 bitcoins — which today would be worth \$100 million*, in *Business Insider* del 28.11.2017.

⁽¹¹⁵⁾ Sempre prendendo ad esempio *bitcoin*, da un lato, il tempo necessario per l'esecuzione delle transazioni (*confirmation time*) può richiedere, in periodi di particolare congestione del sistema, anche diverse ore; dall'altro, i costi di commissione necessari per i singoli trasferimenti (*transaction fees*), sebbene attualmente in diminuzione, non appaiono del tutto trascurabili. Occorre però rilevare che entrambi questi parametri (tempo e costo delle transazioni) variano in misura anche molto rilevante in relazione all'architettura utilizzata dalla singola criptovaluta e al valore della stessa sul mercato.

funzione di riserva di valore, le opinioni sono discordanti. Infatti, è questione controversa se la notevole variabilità del corso delle criptovalute sia tale da compromettere la loro attitudine ad assicurare la conservazione nel tempo del potere di acquisto ⁽¹¹⁶⁾.

Queste considerazioni portano a concludere che, quantomeno allo stato attuale, tra moneta e criptovalute sussiste una effettiva diversità fenomenica, dovuta a fattori tecnici, sociali e di mercato. Ciò non sembra tuttavia valere ad escludere (aprioristicamente) la possibilità che le criptomonete siano in grado di assumere in futuro, all'esito di un processo di maturazione e nell'ambito di un contesto caratterizzato da una maggiore stabilità, attributi compatibili con il concetto di denaro in senso economico.

Dal punto di vista giuridico va peraltro evidenziato come nella sostanziale totalità degli ordinamenti le criptovalute siano state collocate (esplicitamente o implicitamente) al di fuori di qualsiasi paradigma monetario. Detta tendenza è confermata in maniera inequivocabile anche dalle più recenti iniziative legislative in materia: nei progetti di legge della Federazione Russa e della Repubblica di Malta (quest'ultimo approvato in via definitiva) le criptomonete perdono la loro connotazione "monetaria" e/o "valutaria" persino nel nome. Come si è visto, infatti, esse vengono ricomprese nell'ambito di una nuova categoria giuridica, e sono definite «beni finanziari digitali» o «*virtual financial asset*», con esplicito o implicito rimando ad uno schema circolatorio di tipo proprietario.

La medesima terminologia è stata ripresa, da ultimo, anche dalla Banca d'Italia (che si riferisce alle valute virtuali descrivendole come criptoattività o *cryptoassets* ⁽¹¹⁷⁾) e da parte della *Banque de France* (la quale,

⁽¹¹⁶⁾ La stessa BCE, mentre nel parere istituzionale reso nel 2016 sulla proposta di direttiva del 5 luglio 2016, relativa alla modifica della IV direttiva antiriciclaggio, afferma che gli utilizzi delle criptovalute «possono comprendere prodotti di riserva di valore a fini di risparmio e investimento» (BANCA CENTRALE EUROPEA, *Parere della Banca Centrale Europea del 12 ottobre 2016*, cit., p. 3), in precedenza aveva ritenuto che l'estrema variabilità del valore delle criptomonete rendesse queste ultime «*useless as a store of value even for short-time purposes*» (EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, cit. p. 24). In argomento, si vedano GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 418; VARDI, «*Criptovalute*» e dintorni, cit., p. 446-447; BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale*, cit., p. 29-30.

⁽¹¹⁷⁾ «Con il termine criptoattività (*cryptoassets*) si indicano attività di natura digitale il cui trasferimento è basato sull'uso della crittografia e sulla distributed ledger technology. Alcune di esse, quali il Bitcoin, vengono comunemente chiamate "valute virtuali", anche se non svolgono le funzioni economiche della moneta»: BANCA D'ITALIA, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, 2018, 1, p. 8.

ribadendo la loro alterità rispetto al concetto di moneta, le definisce *crypto-actifs* ⁽¹¹⁸⁾).

Il legislatore europeo, con la dir. 2018/843/UE, mostra di essere pienamente in linea con tale indirizzo, evidenza che si esplicita nella netta e inequivocabile statuizione secondo cui le valute virtuali sono prive dello *status* giuridico di valuta o moneta. Si noti che la norma europea stabilisce che le *virtual currency* non sono *tout court* moneta, non limitandosi a sancire la loro irriducibilità alla categoria della moneta legale.

6. – La natura poliforme ed ibrida che caratterizza le criptovalute, unitamente a una certa mancanza di univocità nelle indicazioni ermeneutiche provenienti dal contesto dell’Unione europea, rende difficoltoso per l’interprete nazionale individuare una collocazione sistematica all’interno della quale iscrivere il fenomeno criptomonetario.

Tuttavia, il recente d.lgs. n. 90 del 2017, entrato in vigore il 4 luglio 2017 in riforma del d.lgs. n. 231 del 2007, ed emanato in attuazione della dir. 2015/859/UE, fornisce indicazioni di indubbio rilievo. Il legislatore italiano, infatti, ha anche “anticipato” alcune delle disposizioni oggi contenute nella dir. 2018/843/UE ⁽¹¹⁹⁾.

Attualmente l’ordinamento domestico contiene una definizione di valuta virtuale, individuata dal nuovo art. 1, lett. *qq*) ⁽¹²⁰⁾, del d.lgs. n. 231 del 2007, il quale riprende, anche se non completamente, la formulazione al tempo più recente della proposta di direttiva del 5 luglio 2016, come modificata all’esito della prima lettura del Parlamento europeo.

Va tuttavia rilevato sin da subito che la norma nazionale, con ogni probabilità perché emanata prima della stesura definitiva della dir. 2018/843/UE, non riproduce la chiarissima disposizione per la quale le *virtual currency* non possono qualificarsi come moneta o valuta dal punto di vista dell’ordinamento.

Ad ogni buon conto, sebbene la definizione dell’art. 1, lett. *qq*) non recepisca completamente le indicazioni contenute nella direttiva, essa rappresenta, anche in virtù della *ratio* che ispira la formulazione della norma

⁽¹¹⁸⁾ BANQUE DE FRANCE, *L’émergence du bitcoin et autres crypto-actifs: enjeux, risques et perspectives*, Focus, 2018, 16, p. 1-2.

⁽¹¹⁹⁾ Sul punto, cfr. CAPACCIOLI, *Nuova normativa antiriciclaggio e cambiavalute virtuali*, consultabile sul sito <https://coinlexit.wordpress.com>.

⁽¹²⁰⁾ «Valuta virtuale: la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un’autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l’acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente».

in sede europea, un fondamentale contributo ai fini dell'inquadramento delle criptovalute.

In ambito nazionale sono state avanzate diverse ipotesi classificatorie in ordine alla qualificazione giuridica delle criptomonete, nessuna delle quali appare tuttavia pienamente soddisfacente e in grado di adattarsi completamente alle particolarità della materia. Va poi tenuto presente che iscrivere le molteplici attività riguardanti le criptovalute all'interno della medesima collocazione teorica non appare possibile, in considerazione delle differenze sostanziali che intercorrono all'interno delle diverse specie criptovalutarie e dei differenti utilizzi cui esse possono essere destinate.

A fronte di queste premesse, si ritiene utile dare conto delle varie cornici teoriche proposte, soprattutto alla luce del raffronto e dell'ausilio interpretativo rappresentati dal sopra ricordato d.lgs. n. 90 del 2017 e dalla dir. 2018/843/UE.

Strumento di pagamento

Esclusa in radice, fin dai primi contributi dottrinali in materia, la possibilità di ricomprendere le criptovalute nel concetto di moneta legale (in quanto lo Stato mai ha attribuito ad esse potere solutorio), si è valutata la possibilità di ricondurle nell'alveo della nozione di strumento di pagamento, in ossequio alla loro attitudine ad adempiere almeno alcune delle funzioni del denaro e in considerazione della posizione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-264/14.

Tale impostazione è accolta nella risoluzione 72/E del 2016 dell'Agenzia delle Entrate ⁽¹²¹⁾, relativa al trattamento fiscale applicabile alle operazioni di acquisto e cessione di *bitcoin* ai fini dell'IVA e delle imposte dirette, nonché nel parere del Consiglio Nazionale del Notariato n. 3-2018/B ⁽¹²²⁾, concernente il quesito se il pagamento del prezzo di un immobile in *bitcoin* o in altra criptovaluta configuri una violazione delle norme in materia di limitazione all'uso del contante e/o di quelle in materia di indicazione analitica dei mezzi di pagamento. Entrambe le determinazioni, pur evidenziando le difficoltà di un inquadramento giuridico della fattispecie e riscontrando una eterogeneità di vedute ⁽¹²³⁾, attribuiscono valore dirimente alle indicazioni contenute nella sopra ricordata

⁽¹²¹⁾ AGENZIA DELLE ENTRATE, DIREZIONE CENTRALE NORMATIVA, *Risoluzione n. 72/E*.

⁽¹²²⁾ BECCHINI e CIGNARELLA, *Consiglio Nazionale del Notariato, Quesito Antiriciclaggio n. 3-2018/B, Antiriciclaggio – Compravendita di immobile – Pagamento del Prezzo in Bitcoin*.

⁽¹²³⁾ *Ivi*, p. 1.

pronuncia della CGUE, ritenendo preferibile la tesi per la quale le criptomonete costituiscono un mezzo convenzionale di pagamento ⁽¹²⁴⁾.

Da ultimo, l'Agenzia delle Entrate è tornata sul tema in occasione dell'interpello n. 956-39/2018, con il quale la Direzione Regionale della Lombardia ha precisato alcune delle considerazioni già espresse dalla Direzione Centrale nella risoluzione 72/E del 2016. Per ciò che qui interessa maggiormente, va sottolineato che l'ente pubblico ha interpretato la definizione di valuta virtuale introdotta dal d.lgs. n. 90 del 2017 nel senso di un espresso riconoscimento dell'utilizzo delle *virtual currency* «come strumento di pagamento alternativo a quelli tradizionalmente utilizzati nello scambio di beni e servizi» ⁽¹²⁵⁾. Il parallelo tra valute virtuali e moneta, effettuato dall'Agenzia delle Entrate, è reso ancor più palese dalla circostanza che l'AdE ritiene applicabili nei confronti delle *virtual currency* i principi generali che regolano le operazioni aventi ad oggetto le monete tradizionali, ed in particolare le disposizioni relative alle valute estere ⁽¹²⁶⁾.

Tale paragone non può che suscitare forti perplessità ⁽¹²⁷⁾. Si è visto infatti come tra moneta e criptovalute sussistano differenze di ordine sia giuridico, sia economico, che ostano ad una assimilazione di queste ultime al concetto di moneta. Questa è la posizione cristallizzata dal legislatore europeo che, giova ripetere, si è preoccupato di sancire espressamente che le valute virtuali non possiedono lo *status* giuridico di valuta o moneta, con la conseguenza per cui esse non possono essere ricomprese tanto nella categoria della moneta legale, quanto in quella della moneta estera.

In dottrina, inoltre, viene evidenziata la difficoltà di individuare una cornice normativa che consenta di ricondurre le criptovalute nell'ambito degli strumenti di pagamento. In particolare, si rileva che sia il D. Lgs n. 11/2010 che la direttiva 2007/64/CE costituiscono un ostacolo normativo nei confronti di una simile ricostruzione, in quanto non sembrano presentare categorie all'interno delle quali sia possibile inserire le criptomonete ⁽¹²⁸⁾. Tali considerazioni risultano avvalorate dalla scelta operata dal legislatore comunitario (seguita anche da quello nazionale nel d.lgs. n. 90 del 2017) di rimuovere dalla definizione di *virtual currency* l'espressione

⁽¹²⁴⁾ AGENZIA DELLE ENTRATE, DIREZIONE CENTRALE NORMATIVA, *Risoluzione n. 72/E*, p. 4 ss.; BECCHINI e CIGNARELLA, *Consiglio Nazionale del Notariato*, cit., p. 1-2.

⁽¹²⁵⁾ AGENZIA DELLE ENTRATE, DIREZIONE REGIONALE DELLA LOMBARDIA, *interpello n. 956-39/2018*, p. 3.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. *ivi*, p. 5 e 8.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. CAPACCIOLI e DEOTTO, *E sulle monete virtuali arriva anche la stretta Ue*, in *Il Sole 24 Ore* del 21.04.2018.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale*, cit., p. 35.

«mezzo di pagamento», sostituendola con quella di «mezzo di scambio», allo scopo di rendere ancor più manifeste le differenze che intercorrono tra valute virtuali e moneta ⁽¹²⁹⁾.

Strumento finanziario o prodotto finanziario

Per altro verso, valorizzando la componente di riserva di valore, che almeno in parte caratterizza *bitcoin* e le altre criptomonete, si è pensato di porre l'accento sulla finalità d'investimento, anche allo scopo di inquadrare il fenomeno in un contesto normativo che consenta di applicare le norme previste dall'ordinamento a protezione dei consumatori e/o a tutela dell'integrità dei mercati.

Questa è la strada seguita dal Tribunale Civile di Verona nella sentenza n. 195 del 24 gennaio 2017, nella quale viene affrontato il tema della qualificazione giuridica di un contratto che prevedeva l'acquisto di criptovaluta (nella specie *bitcoin*) contro euro, concluso tra una persona fisica e una società promotrice di una piattaforma di investimenti di diritto ucraino ⁽¹³⁰⁾. Il Tribunale, pur nell'apprezzabile e condivisibile sforzo ermeneutico di estendere al caso di specie l'applicazione della normativa dettata dal Codice del Consumo ⁽¹³¹⁾ e dal regolamento CONSOB n. 18592 del 26 giugno 2013 ⁽¹³²⁾, liquida la complessa questione concernente la classificazione delle criptovalute attraverso il riferimento a un singolo contributo dottrinario, qualificando acriticamente i *bitcoin* come uno «strumento finanziario utilizzato per compiere una serie di particolari forme di transazioni online» ⁽¹³³⁾, senza sviluppare alcun percorso logico-motivazionale a supporto di tale conclusione ⁽¹³⁴⁾. Nel caso in parola, a ben vedere, il carattere finanziario dell'operazione sembra discendere, più che dalla semplice attività di compravendita di criptomoneta, dalla pre-

⁽¹²⁹⁾ Si ritiene utile richiamare ancora una volta le considerazioni espresse dalla Banca Centrale Europea nei confronti della proposta di direttiva del 5 luglio 2016 in modifica della IV direttiva antiriciclaggio: «dato che le valute virtuali non sono effettivamente valute, sarebbe più appropriato considerarle mezzi di scambio piuttosto che mezzi di pagamento» (BANCA CENTRALE EUROPEA, *Parere della Banca Centrale Europea del 12 ottobre 2016*, cit., p. 3).

⁽¹³⁰⁾ In relazione alla suddetta pronuncia del Tribunale di Verona, cfr. PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano*, in *Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza*, 2017, 70, p. 471-482.

⁽¹³¹⁾ Ed in particolare relativamente agli obblighi informativi previsti dagli artt. 67 *quater* ss.

⁽¹³²⁾ Regolamento in materia di raccolta di capitali di rischio tramite portali *on-line*.

⁽¹³³⁾ Trib. Verona, 24 gennaio 2017, n. 195.

⁽¹³⁴⁾ PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano*, cit., p. 476.

senza di ulteriori profili di rischio/rendimento, quali l'acquisto di una partecipazione sociale in una *start-up*. Non sembra dunque condivisibile equiparare *tout court* i *bitcoin* agli strumenti finanziari, come nella tesi sostenuta dal Tribunale di Verona.

La tematica è oggetto di dibattito tra gli interpreti. In proposito, si è sottolineato il valore dirimente dell'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 58/1998 (Testo Unico della Finanza), a lettera del quale «i mezzi di pagamento non sono strumenti finanziari», circostanza che sarebbe idonea a precludere la riconducibilità delle criptovalute nella definizione di strumento finanziario⁽¹³⁵⁾, a meno di voler escludere del tutto l'attitudine delle criptomonete a costituire un mezzo di pagamento.

Inoltre, l'elencazione degli strumenti finanziari contenuta nel TUF (nella quale non sono ricomprese le criptovalute) presenta, secondo l'interpretazione prevalente, carattere tipico e tendenzialmente chiuso. Tale chiusura risulta tuttavia soltanto tendenziale, in quanto il quinto comma dell'art. 18 TUF attribuisce al Ministro dell'economia e delle finanze la facoltà di individuare, attraverso l'emanazione di un regolamento, nuove categorie di strumenti finanziari o di servizi e attività di investimento, allo scopo di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità europee. Dunque, alla stregua dell'ordinamento nazionale, non sembra possibile ricomprendere le criptomonete nell'alveo della categoria degli strumenti finanziari.

Appare invece condivisibile il tentativo di ricondurre alcune (ma non tutte) fra le operazioni aventi ad oggetto criptomonete nel *genus* dei prodotti finanziari, circostanza che consentirebbe di estendere ad esse la disciplina prevista dal TUF, specie con riferimento alle disposizioni previste dagli artt. 94 e ss., che sottopongono gli operatori economici ai poteri di controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa⁽¹³⁶⁾.

I prodotti finanziari, secondo la definizione contenuta nella lettera *u*) dell'art. 1 del TUF, sono rappresentati dagli strumenti finanziari e da ogni altra forma di investimento di natura finanziaria. Tale categoria comprende, dunque, oltre al sottoinsieme costituito dai prodotti finanziari, un secondo gruppo di operazioni di natura aperta e atipica, i cui contorni risultano «più fumosi»⁽¹³⁷⁾ e vanno tracciati caso per caso. Alcuni inter-

⁽¹³⁵⁾ Cfr. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale*, cit., p. 34; GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 427.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale*, cit., p. 40-41.

⁽¹³⁷⁾ GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 426.

preti ⁽¹³⁸⁾ reputano che, a determinate condizioni, le criptovalute siano suscettibili di un'inclusione nel novero dei prodotti finanziari (e, più precisamente, nella categoria dei prodotti finanziari c.d. innominati), in quanto la nozione di prodotto finanziario appare astrattamente capace di abbracciare «ogni strumento idoneo alla raccolta del risparmio, comunque denominato o rappresentato, purché rappresentativo di un impiego di capitale» ⁽¹³⁹⁾.

Più esattamente, perché un'operazione economica avente ad oggetto criptovaluta possa rientrare nel campo dei prodotti finanziari, sarebbe necessario e sufficiente il concorso di tre elementi: l'utilizzo di capitale, l'assunzione di un rischio connesso al suo impiego e l'aspettativa di un rendimento di natura finanziaria ⁽¹⁴⁰⁾.

Ulteriormente, si può rilevare che al fine di collocare un rapporto economico all'interno dei prodotti finanziari occorre effettuare «un'indagine sulla causa dell'operazione alla ricerca delle concrete finalità ad essa sottese» ⁽¹⁴¹⁾: infatti, la natura finanziaria dell'investimento può essere valutata soltanto nell'ottica complessiva dell'operazione prospettata dall'offerente.

Ciò importa che, accedendo a questa interpretazione, soltanto le operazioni che presentano congiuntamente detti requisiti (e quindi non il semplice svolgimento di qualsiasi attività connessa all'acquisto, alla vendita o allo scambio di criptomoneta), possono rientrare nel campo dei prodotti finanziari atipici ⁽¹⁴²⁾.

In linea con questa impostazione si colloca anche la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, la quale si è occupata del tema, con specifico riferimento a soggetti che operano nel mercato criptovalutario, nelle recenti delibere nn. 19866/2017 (sospensione dell'attività pubblici-

⁽¹³⁸⁾ Cfr. DI VIZIO, *Lo statuto giuridico delle valute virtuali: le discipline e i controlli tra oro digitale ed irrocervo indomito*, in *Convegno annuale BITGENERATION. Criptovalute tra tecnologia, legalità e libertà*, Fondazione Cav. Lav. Carlo Pesenti e Fondazione Corriere della Sera, Milano, 15 marzo 2018, p. 16; PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano*, cit., p. 476. Altra parte della dottrina esclude, invece, che le criptovalute possano rientrare nella nozione di prodotto finanziario, ritenendo che l'elencazione delle fattispecie di prodotti finanziari fornita dal TUF abbia carattere tassativo: in questo senso, cfr. VARDI, *"Criptovalute" e dintorni*, cit., p. 449.

⁽¹³⁹⁾ LAURINI, *I titoli di credito*, Torino, 2009, p. 390.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale*, cit., p. 40; DI VIZIO, *Lo statuto giuridico delle valute virtuali*, cit., p. 16.

⁽¹⁴¹⁾ COMPORI, *La sollecitazione all'investimento*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di PATRONI GRIFFI, SANDULLI e SANTORO, Torino, 1999, p. 550.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 430.

taria avente ad oggetto l'acquisto di pacchetti di estrazione di criptovalute); 20207/2017 (divieto dell'offerta di portafogli di investimento in criptomonete); 20241/2017, 20660/2018, 20693/2018 e 20741/2018 (sospensione dell'offerta al pubblico avente ad oggetto investimenti in criptovalute); 20346/2018, 20536/2018, 20720/2018 e 20742/2018 (ordine di porre termine alla violazione dell'art. 18 del TUF).

In tali casi la CONSOB ha ritenuto di qualificare le attività in questione quali operazioni relative a prodotti o strumenti finanziari non in virtù di un'apodittica equiparazione tra questi e le criptomonete, bensì in ragione degli elementi che connotavano in concreto le suddette operazioni economiche ⁽¹⁴³⁾.

Bene giuridico

In via quasi residuale, vista la difficoltà di conciliare i particolari profili delle criptovalute con altre e più specifiche categorie previste dall'ordinamento, la dottrina ha indagato la possibilità di ricondurre le criptomonete nel concetto di bene giuridico ⁽¹⁴⁴⁾. Attraverso questa strada potrebbe essere valorizzata la natura di risorsa digitale scarsa, dotata di una propria utilità e di un suo valore, che indubbiamente caratterizza le criptovalute. Allo stesso tempo, un simile inquadramento consentirebbe di applicare, quantomeno in buona misura, ai rapporti aventi ad oggetto criptomoneta le regole del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti.

L'ostacolo principale rispetto a questa ricostruzione è costituito dalla concezione tradizionalmente "corporale" attribuita al termine «cosa» di

⁽¹⁴³⁾ Ad esempio, nel caso della delibera n. 19866/2017, è stata sottoposta al vaglio dell'Autorità l'attività di un operatore che promuoveva l'acquisto di pacchetti di estrazione di criptovalute, prospettando ai potenziali clienti la possibilità di conseguire profitti fino al 50% nel corso di un solo anno, con un'ovvia ed implicita assunzione di rischio da parte dell'investitore. La CONSOB ha osservato che le attività presentate «sembrano possedere le caratteristiche di un prodotto finanziario sub specie di investimento di natura finanziaria, la cui nozione implica la compresenza di: (i) un impiego di capitale; (ii) un'aspettativa di rendimento di natura finanziaria; (iii) l'assunzione di un rischio connesso all'impiego di capitale». La CONSOB, inoltre, ha ritenuto che la proposta di acquisto dei suddetti pacchetti di estrazione integrasse gli estremi di un'offerta al pubblico, come definita dall'art. 1, comma 1, lett. i) del TUF. Di conseguenza, trova applicazione l'art. 101, comma 2, del TUF, che subordina la diffusione di qualsiasi annuncio pubblicitario relativo all'offerta al pubblico di prodotti finanziari diversi da quelli comunitari alla pubblicazione del prospetto previsto dall'art. 94, comma 1, del TUF ed alla preventiva comunicazione. L'Autorità, riscontrando la mancata pubblicazione del suddetto prospetto, ha prima sospeso in via cautelare e poi vietato (con la delibera n. 19968/2017) le attività pubblicitarie svolte dalla società promotrice.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 429; BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale*, cit., p. 31-32.

cui all'art. 810 c.c. ⁽¹⁴⁵⁾. Secondo tale consolidata interpretazione, le entità immateriali non rientrano nel novero delle "cose" in quanto, appunto, prive del requisito della corporeità. Per conseguenza, i diritti di esclusiva (ivi compreso il diritto di proprietà) sulle entità diverse dalle "cose" sono regolati da un sistema sostanzialmente tipico ⁽¹⁴⁶⁾: l'attribuibilità di tali diritti resta subordinata a un esplicito riconoscimento da parte dell'ordinamento ⁽¹⁴⁷⁾. Ne discende che un'entità o risorsa incorporale può essere qualificata come «bene» in senso giuridico soltanto in presenza di una positiva statuizione normativa e non, semplicemente, sulla base del riferimento all'art. 810 c.c. ⁽¹⁴⁸⁾.

Diversamente, altra parte della scienza civilistica, seppur minoritaria, ritiene che il concetto di «cosa» vada inteso sia in senso naturalistico che giuridico. Ciò a significare che non sono «cose» soltanto le entità che sono parte «del mondo esteriore e sensibile», ma pure «tutto ciò che ha vita unicamente nel mondo dello spirito, come la creazione inventiva e l'idea dell'opera artistica o tecnica (*res incorporales*, o beni immateriali)» ⁽¹⁴⁹⁾. Ancora, si è affermato che l'art. 810 c.c. accoglie in realtà una nozione di bene "aperta" e suscettibile di ampliamento in funzione delle nuove ed inedite forme di relazioni ed interessi economici: secondo questa impostazione, risulta qualificabile come bene giuridico qualsiasi entità o risorsa caratterizzata dai requisiti della «utilità e scarsità» ⁽¹⁵⁰⁾.

Da ultimo, in tempi molto recenti e con riferimento alla figura del derivato, si è autorevolmente indagata la questione concernente la possibilità, nell'esercizio dell'autonomia privata, di ampliare il catalogo dei beni, creandone di nuovi. In particolare, è stato rilevato come in taluni contesti, caratterizzati e conformati dal ruolo svolto dal mercato, il concetto di "valore" (inteso quale riconoscimento qualitativo e quantitativo effettuato dal mercato con riferimento ad una determinata utilità) finisca per "oggettivizzarsi", diventando, esso stesso, un bene tutelabile proprio in virtù del suddetto riconoscimento ⁽¹⁵¹⁾. In questa prospettiva, il giudizio di

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IV, Torino, 1989, p. 452 ss.

⁽¹⁴⁶⁾ GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, p. 68.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, cit., p. 452.

⁽¹⁴⁸⁾ I beni immateriali «costituiscono un *numerus clausus*, essendo tali solo quelli tutelati erga omnes dalla legge»: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Firenze, 2000, p. 193.

⁽¹⁴⁹⁾ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 528.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, p. 147.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, Milano, 2016, p. 24 ss.

meritevolezza svolto dall'ordinamento con riferimento a tali attività «non può non tener conto della valutazione che ne fornisce il mercato» ⁽¹⁵²⁾.

Traslando queste considerazioni alla materia che qui interessa, ben si comprende perché la dottrina che si è occupata del problema della qualificazione giuridica delle criptovalute abbia avanzato serie perplessità in ordine alla loro riconducibilità alla categoria dei beni giuridici.

Infatti, seguendo la tradizionale interpretazione per la quale i beni immateriali costituiscono un *numerus clausus*, si è inevitabilmente portati a concludere che le criptomonete non possano essere ricomprese in tale categoria. Viceversa, qualora si acceda a una lettura dell'art. 810 c.c. più aperta e maggiormente sensibile all'ingresso nell'ordinamento nazionale delle nuove forme di ricchezza, potrebbe pervenirsi a un risultato opposto, dal momento che le criptovalute sono indubbiamente connotate tanto dei requisiti della utilità e scarsità, quanto di un valore riconosciuto dal mercato.

La questione, tuttavia, può ritenersi superata alla luce dell'emanazione del d.lgs. n. 90 del 2017 e della dir. 2018/843/UE. Infatti, le normative italiana ed europea segnano un esplicito e positivo riconoscimento delle valute virtuali quali mezzi di scambio: è evidente che una determinata entità può essere un mezzo di scambio (vale a dire un qualcosa suscettibile di essere venduto, acquistato e scambiato) soltanto se è, ancor prima, un bene in senso giuridico. Questa interpretazione è confermata dalla sentenza n. 18 del 21 gennaio 2019 della Sezione fallimentare del Tribunale di Firenze, nella quale viene espressamente affermato che «le criptovalute (...) possono essere considerate “beni” ai sensi dell'art. 810 c.c., in quanto oggetto di diritti, come riconosciuto oramai dallo stesso legislatore nazionale, che le considera anche, ma non solo, come mezzo di scambio (...)» ⁽¹⁵³⁾.

L'inquadramento delle criptovalute nella categoria dei beni giuridici ⁽¹⁵⁴⁾ è quello che appare più idoneo a racchiudere le ibride e multiformi caratteristiche di entità tanto “inafferrabili” da un punto di vista classificatorio ⁽¹⁵⁵⁾. D'altronde, anche guardando all'esperienza straniera, la collocazione delle criptomonete nell'ambito di un paradigma improntato al

⁽¹⁵²⁾ *Ivi*, p. 32.

⁽¹⁵³⁾ Trib. Firenze, Sez. fallimentare, 21 gennaio 2019, n. 18, p. 7.

⁽¹⁵⁴⁾ Questa impostazione risulta condivisa da CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin*, cit., p. 142 ss.; BURLONE e DE CARIA, *Bitcoin e le altre criptomonete*, cit., p. 234; MICCOLI, *Digital economy*, cit., p. 251.

⁽¹⁵⁵⁾ In proposito, infatti, sono state utilizzate espressioni quali «ufo giuridico» (GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 429) e «*objet juridique*

sistema dei diritti reali e della proprietà sembra una costante: basti pensare al *Virtual Currency Act giapponese*, ove le valute virtuali sono definite «[a] *proprietary value*», o al recentissimo disegno di legge della Federazione Russa, che le descrive come una figura di proprietà espressa in forma elettronica.

In ragione dell'irriducibilità (giuridica e, almeno ad oggi, anche economica) delle criptovalute alla categoria del denaro, sembra doversi concludere per l'inapplicabilità della speciale disciplina codicistica prevista per le obbligazioni pecuniarie ⁽¹⁵⁶⁾. Ciò certamente con riferimento alle norme previste nei confronti della moneta legale (come la regola del valore nominale e il principio del potere liberatorio della moneta avente corso legale, di cui all'art. 1277 c.c.), ma anche, in virtù della scelta operata dal legislatore (il quale, come si è detto, ha espressamente statuito che le valute virtuali non possiedono lo *status* giuridico di «moneta»), rispetto alle disposizioni previste per i debiti espressi in monete non aventi corso legale (art. 1278 c.c.).

Infine, un aspetto meritevole di particolare considerazione è rappresentato dalla rilevanza e dagli effetti di un eventuale mutamento del valore della criptomoneta oggetto del rapporto negoziale tra il momento del sorgere dell'obbligazione e quello del suo adempimento. La questione, particolarmente dibattuta e studiata a fondo nell'ambito delle obbligazioni pecuniarie con riferimento alla tematica della svalutazione e della (ben più rara) rivalutazione del denaro ⁽¹⁵⁷⁾, non può che presentarsi con frequentissima incidenza in rapporto alle criptovalute, in ragione dell'estrema e rapidissima volatilità del loro corso.

Occorre, quindi, chiedersi se e in che misura dette evenienze consentano, in mancanza di specifiche pattuizioni relative alla distribuzione del

non identifié» (ROUSSILLE, *Le bitcoin: objet juridique non identifié*, in *Banque & Droit*, 2015, 159, p. 27-31).

⁽¹⁵⁶⁾ Come è noto, il legislatore del 1942, adottando un approccio sensibilmente differente rispetto a quello seguito nel codice previgente, ha elevato «le obbligazioni pecuniarie a specie di obbligazioni» (DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 14), attribuendo espressamente delle regole distinte alle obbligazioni pecuniarie.

⁽¹⁵⁷⁾ La letteratura in argomento è vastissima. Bastino, in questa sede, dei riferimenti assolutamente essenziali: TRIPICCIONE, *La svalutazione della moneta nazionale e la soluzione delle obbligazioni espresse in denaro*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, 16, p. 209-265; SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, cit.; LOJACONO, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955; ASCARELLI, *Obbligazioni Pecuniarie (artt. 1277-1284)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 1959; ID., *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952; QUADRI, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari, Profili generali*, Milano, 1979, I; DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit.; INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit.

rischio della sopravvenienza, l'esperibilità del rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.). Com'è evidente, il nucleo centrale del problema è costituito dalla possibilità, o meno, di attribuire il carattere di evento straordinario ed imprevedibile al verificarsi di una variazione del valore della criptomoneta dedotta nel contratto. In senso positivo, potrebbe rilevarsi che la giurisprudenza, sempre ovviamente con riferimento ai debiti di denaro, ha ritenuto applicabile l'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta in ipotesi (assolutamente eccezionali) di svalutazioni monetarie particolarmente rilevanti e non ragionevolmente prevedibili ⁽¹⁵⁸⁾. Bisogna tuttavia tener presente che il rimedio di cui all'art. 1467 c.c. non è esperibile nei casi in cui il mutamento di valore della prestazione sia dovuto «alle regolari e normali fluttuazioni del mercato» ⁽¹⁵⁹⁾, in quanto tale possibilità rientra nell'alea normale del contratto, specialmente nel caso in cui quest'ultimo sia strutturato in modo tale che la prestazione di una delle parti risulti dipendente dalla variazione di dati economici ⁽¹⁶⁰⁾ (come, ad esempio, nell'ipotesi in cui il contratto sia espresso in valuta estera, oppure risulti collegato all'andamento di uno strumento derivato).

Guardando alle criptomonete, è da ritenere che lo spazio residuante all'applicazione dell'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta resti confinato a circostanze limitatissime, necessariamente caratterizzate da mutamenti di valore tanto anomali e singolari da apparire del tutto sorprendenti persino per gli *standard* del mercato criptovalutario.

7. – *Bitcoin*, e di riflesso *blockchain*, che costituisce il substrato tecnico delle criptovalute e degli altri scenari applicativi del paradigma costituito dalle DLT (*Distributed Ledger Technology*), nasce come espressione di un'esigenza di libertà, particolarmente avvertita nel contesto monetario, ove il contrasto tra autonomia privata e prerogative dello Stato risulta particolarmente stridente.

Fino a tempi molto recenti, lo sviluppo di queste tecnologie è avvenuto in modo sostanzialmente indipendente da qualsiasi valutazione o considerazione circa la loro compatibilità con gli ordinamenti nazionali, considerati quasi degli avversari nei confronti di un nuovo sistema, caratterizzato dagli attributi della virtualità (Internet è intrinsecamente a-territoriale),

⁽¹⁵⁸⁾ Cass., 13 febbraio 1995, n. 1559. Sul punto, cfr. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 982; INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 222.

⁽¹⁵⁹⁾ Cass., 21 aprile 2011, n. 9263; Cass., 17 luglio 2003, n. 11200. Cfr. GALLO, *Il contratto*, cit., p. 982.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Trib. Milano, 30 gennaio 2014, n. 43201.

della decentralizzazione (attraverso la quale si vogliono porre tutti i soggetti su di un piano di virtuale equivalenza), dell'indipendenza (intesa anche nel senso di una sua alternatività rispetto ad ogni ordine precostituito) e dell'autogoverno (ogni vicenda che si svolge all'interno della *blockchain* è dominata dalla "legge" del codice informatico ⁽¹⁶¹⁾ e del consenso distribuito).

Mano a mano che il fenomeno è uscito dalla ristretta cerchia di *early adopters* cui era originariamente confinato, estendendosi verso la generalità del pubblico, sono emersi con sempre maggiore insistenza i fattori di rischio connessi ad un totale arbitrio del mercato, che hanno richiesto (e richiederanno in misura crescente) interventi di tipo regolatorio.

Detti interventi, ad oggi limitati quasi interamente alla materia delle criptomonete, sono stati caratterizzati, per un verso dalla tendenza a riaffermare le prerogative statuali in materia di sovranità monetaria e, per altro verso, da una certa proporzionalità, allo scopo di non reprimere una realtà ancora fragile e profondamente mutevole ⁽¹⁶²⁾.

Nonostante gli indubbi progressi compiuti sul fronte legislativo da vari Paesi (compresa l'Italia) e dalla stessa Unione Europea (si pensi alla dir. 2018/843/UE), appare necessaria l'adozione di una prospettiva maggiormente internazionale, anche con l'obiettivo di scongiurare il pericolo di un arbitraggio normativo tra nazioni più o meno "*blockchain friendly*" ⁽¹⁶³⁾.

La sfida più importante che attende il legislatore è quella di una regolamentazione in grado di abbracciare le diverse e più recenti manifestazioni delle DLT. Il modello *blockchain*, infatti, soprattutto in virtù della sua attitudine a realizzare una condizione di *trustless trust*, possiede un potenziale applicativo che promette di andare ben oltre l'originario ambito valutario e monetico, verso scenari di utilizzo virtualmente suscettibili di un'estensione quasi generalizzata. In questo senso viene da più parti affermato che le tecnologie e gli schemi di funzionamento sottostanti la

⁽¹⁶¹⁾ L'espressione «*code is law*» è stata coniata da Lawrence Lessig (*Code Is Law. On Liberty in Cyberspace*, consultabile sul sito <https://harvardmagazine.com>). Per un'analisi delle implicazioni di questa linea di pensiero all'interno dei sistemi *blockchain*, si veda WRIGHT e DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, cit.

⁽¹⁶²⁾ A quest'ultimo riguardo, possono essere ricordate, ad esempio, le raccomandazioni espresse in sede comunitaria con la risoluzione del Parlamento europeo 2016/2007 (INI), nella quale si invitano gli organi legislativi dell'Unione «ad adottare un approccio normativo proporzionato a livello di UE, in modo da non soffocare l'innovazione o aggiungere costi superflui in questa fase iniziale, pur affrontando seriamente i problemi di ordine normativo che potrebbero sorgere con l'uso diffuso delle valute virtuali e della DLT» (Parlamento europeo, P8_TA (2016) 0228, *Valute virtuali*, p. 6).

⁽¹⁶³⁾ Cfr. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin*, cit., p. 441.

blockchain potrebbero astrattamente investire le dinamiche gestionali e di scambio di qualsiasi bene, valore o informazione rappresentabile digitalmente ⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ Attualmente, anche su impulso di molti tra i più importanti operatori del settore tecnologico e finanziario, sono oggetto di implementazione o di sviluppo soluzioni relative ai mezzi di pagamento, agli *smart contract*, ai servizi finanziari, alla gestione dell'identità digitale, alla *digital truth*, al voto elettronico, ai servizi legali, all'efficientamento e alla trasparenza della pubblica amministrazione. E ancora, ai *social network*, all'*Internet of Things* (IoT), ai servizi di comunicazione e interazione *Machine to Machine* (M2M), al calcolo distribuito, all'archiviazione dei dati, all'*e-commerce*, alla distribuzione di contenuti protetti dal diritto d'autore, alla gestione e al mantenimento di registri immobiliari, al *ridesharing*.

Occorre però rilevare che, a fronte della potenziale attitudine del modello *blockchain* ad essere utilizzato come piattaforma e infrastruttura per la somministrazione di una vastissima molteplicità di servizi, la grande maggioranza dei progetti risulta ancora allo stadio progettuale o prototipale.

ALBERTO GIAMPIERI

Partecipazione azionaria temporanea, *put* a prezzo concordato del diritto di *exit*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione della Cassazione. – 3. La ricostruzione interpretativa e l'analisi delle fattispecie di partecipazione temporanea. – 4. L'opzione di vendita a prezzo concordato come schema di *exit*. – 5. Le ipotesi di *exit* previste dallo statuto. – 6. Conclusioni.

1. – L'ordinanza del 4 luglio 2018 della Corte di Cassazione ⁽¹⁾ in tema di opzione *put* a prezzo prefissato evoca le parole di Gustavo Minervini che, in un noto saggio di circa trenta anni fa, osservava occupandosi del patto leonino: «Pareva un ramo secco del diritto, un archibugio arrugginito riposto definitivamente nei magazzini della storia giuridica (...) Ma da qualche tempo il ramo non è più secco, ha riacquisito vitalità; vi è una ripresa di interesse fra gli studiosi, mentre i pratici non di rado prendono a imbracciare l'arma, magari più per mostrarla agli avversari e transigere a buone condizioni, che per fare veramente fuoco, perché il funzionamento del congegno è tuttora incerto (...)» ⁽²⁾.

La pronuncia, resa nell'ambito di una nota vicenda giudiziaria, si segnala, da un lato, per aver riformato le due decisioni di merito ritenendo legittimo stabilire un prezzo fisso idoneo a manlevare l'investitore degli importi corrisposti oltre il rendimento convenuto nell'ambito di una operazione di acquisizione di un pacchetto azionario e, dall'altro, per aver formulato una ampia disamina sui criteri di applicabilità della causa concreta a fattispecie di questo tipo.

⁽¹⁾ Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, pubblicata in *Società*, 2019, 1, p. 13 ss., con nota di BUSANI, *È valida l'opzione put utile ad attrarre capitale di rischi*; *Notariato*, 2018, 6, p. 635 ss., con nota di MAZZOLETTI, *Ancora sulla validità della put option con un prezzo a consuntivo. Per un'applicazione moderna del divieto di patto leonino*; la cui massima è stata pubblicata in *Guida al diritto* 2018, 31, 20; e *Mass. Giust. civ.*, 2018. In termini, Cass. 4 luglio 2018, n. 17500, reperibile, tra l'altro, al link: <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/20356>.

⁽²⁾ MINERVINI, *Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *questa rivista*, 1988, p. 771. Cfr. TORSELLO, *Partecipazione a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *questa rivista*, 2000, p. 896 che richiama le considerazioni citate nel testo.

Ed invero, a prescindere dall'opinione che si può avere rispetto alle conclusioni raggiunte dal Supremo Collegio, non v'è dubbio che la *ratio decidendi* ha il pregio di aver affrontato il tema considerando giustamente le finalità concrete che le parti intendevano perseguire e le esigenze economiche che sottendono ad accordi di questo tipo.

Chiunque abbia avuto l'occasione di imbattersi in clausole simili avrà potuto notare che le stesse sono normalmente predisposte nell'ambito di un più ampio disegno negoziale che può presentare diverse finalità sulla cui meritevolezza è chiamato a confrontarsi l'estensore del contratto prima e, in caso di controversia, il giudice o il collegio arbitrale, poi ⁽³⁾.

La sentenza in commento offre, dunque, un nuovo spunto di riflessione con riguardo ad una diversa prospettiva interpretativa che, muovendo dalla causa concreta negoziale, possa delineare criteri ermeneutici con riferimento alla legittimità di diverse tipologie di *put* a prezzo preconcordato o, allargando il relativo ambito di indagine, di interruzione del rapporto sociale attraverso tecniche contrattuali (c.d. clausole di *exit*) ⁽⁴⁾. Del resto, la tematica assume vieppiù particolare interesse per coloro che, attenti allo sviluppo della pratica degli affari, possono constatare come tale schema contrattuale sia ormai frequente nelle operazioni di acquisizione che prevedono l'intervento di operatori finanziari specializzati (c.d. *financial sponsors*) destinati a mantenere una presenza temporanea nell'azionariato ⁽⁵⁾.

2. – La pronuncia in commento interviene su un noto caso giudiziario che ha visto protagoniste due società le quali, nel costituire una cordata

⁽³⁾ Sul punto BARCELLONA, *Clausole di put e call a prezzo predefinito. Fra divieto di patto leonino e principio di corrispettività*, Milano, 2004, p. 3 ss., nell'ambito dell'analisi delle clausole di *put & call* a prezzo preconcordato, distingue tre differenti esigenze social-tipiche che simili clausole tendono a soddisfare: (i) ottimizzazione del processo di trasferimento del controllo di una società tramite cessioni di partecipazioni scaglionate nel tempo; (ii) remunerazione di finanziamenti partecipativi; (iii) incentivi remunerativi al capitale umano. Si vedano altresì i pareri *pro veritate* di PIAZZA, *La causa mista credito società, in questa rivista*, 1987, p. 803; e SBISA, *Circolazione azioni e patto leonino, in questa rivista*, 1987, p. 816. Sul tema si veda altresì lo studio di ABRIANI, *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994, p. 115 ss. ed il recente contributo di PANZARINI, *Il contratto di opzione*, 2018, Milano, p. 301 ss.

⁽⁴⁾ Il riferimento corre alle altre ipotesi di *exit* che possono essere previste anche da clausole statutarie. Si vedano sul punto le considerazioni al par. 5, *infra*.

⁽⁵⁾ La decisione della Cassazione mette in evidenza la necessità di analizzare la fattispecie tenendo conto delle esigenze imprenditoriali e delle nuove tecniche di finanziamento dell'impresa che indubbiamente sono idonee a fornire un significativo impulso imprenditoriale attraverso canali alternativi a quelli del prestito bancario.

finalizzata alla acquisizione di un istituto bancario, avevano concordato a favore di una di esse un diritto di opzione di vendita avente ad oggetto la porzione di capitale detenuta da esercitare entro un certo termine. L'accordo prevedeva, in particolare, che il corrispettivo sarebbe stato pari al prezzo pagato oltre un tasso di interesse ed il completo ristoro per gli ulteriori versamenti effettuati ⁽⁶⁾.

Le decisioni delle corti di merito ⁽⁷⁾ hanno ritenuto che la pattuizione violasse il disposto dell'art. 2265 c.c., attesa la assenza del rischio di impresa da parte dell'opzionario che sarebbe stato di fatto protetto da ogni tipo di perdita subita dalla società partecipata alla luce del corrispettivo pattuito con il socio concedente l'opzione. Su quest'ultimo sarebbe gravato l'obbligo di ristorare l'opzionario da ogni esborso effettuato e perdita subita integrando una ipotesi di patto leonino.

La Cassazione, nel riassumere l'*iter* decisionale adottato dalla Corte di Appello di Milano, rileva come quest'ultima abbia «ravvisato la causa dell'accordo nella volontà di trasferire interamente il rischio di impresa sulla Sopaf s.p.a., sottraendo così l'altro socio da ogni rischio tipico ed ontologico nello *status socii*, con il venire meno dell'alea tipica dell'investimento finanziario, tanto da elidere ogni interesse alla gestione prudente della società ed al mantenimento del valore della partecipazione sociale,

⁽⁶⁾ La fattispecie oggetto della sentenza in rassegna concerne l'accordo sottoscritto in data 1 agosto 2007 (come successivamente modificato in data 23 giugno 2008) tra DeA Partecipazioni S.p.A. (attrice) e Sopaf S.p.A. (convenuta) in virtù del quale la società attrice era legittimata a cedere – entro il termine del 31 dicembre 2008 – la partecipazione azionaria rappresentativa del 14,99% detenuta nel capitale sociale di Banca Bipielle Net S.p.A. (poi Banca Network Investimenti S.p.A.) dietro la corresponsione del prezzo inizialmente pagato per l'acquisto delle azioni, nonché di ogni ulteriore versamento a patrimonio netto che l'opzionario avesse effettuato in favore della società partecipata. Cfr. DELFINI, *Opzioni put con prezzo determinato "a consuntivo", arbitraggio della parte e nullità*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, p. 741, il quale, commentando la sentenza di primo grado, inquadra la suddetta fattispecie nell'ambito delle opzioni *put* con prezzo determinato a «consuntivo», anziché a prezzo predeterminato, in ragione della possibilità di determinare il prezzo di vendita in un momento successivo alla conclusione dell'accordo (ossia, al momento dell'esercizio del diritto potestativo).

⁽⁷⁾ Trib. Milano, 30 dicembre 2011, in *Giur. comm.*, 2012, 3, p. 729, con nota di DELFINI, *op. cit.*, p. 233, con nota di TUCCI, *Patto di riacquisto di azioni "a prezzo garantito e patto leonino*; e Società, 2012, 11, p. 1158 ss., con nota di PERRINO, *Patti parasociali di finanziamento partecipativo e divieto di patto leonino*; in *Riv. dir. soc.*, I, 2013, p. 92 ss., con nota di SORACE, *Opzioni put e divieto del patto leonino*. App. Milano, 19 febbraio 2016, n. 636, in *Giur. it.*, 2016, 7, p. 1652 ss., con nota di PETRUZZI, *Brevi note in tema di clausole di put & call a prezzo predefinito rispetto al divieto del patto leonino*; in Società, 2016, 6, p. 691 ss., con nota di PERRINO, *Autonomia, liceità e meritevolezza dei patti parasociali di finanziamento partecipativo*; in *Notariato*, 2016, 5, p. 489 ss., con nota di MAZZOLETTI, *Put option e patto leonino: un divieto ancora attuale?*.

proprio per la carenza di vedersi, in ogni caso, liquidato qualsiasi esborso»⁽⁸⁾. Il giudice di seconda istanza, pertanto, pur ritenendo che: «(...) la funzione di scambio fosse presente nell'originario patto del 2007, contenente un'opzione put a prezzo fisso perfettamente lecita, altrettanto non può dirsi dopo la modificazione apportata con il contratto integrativo del 2008»⁽⁹⁾. La Corte d'Appello, in altre parole, pur considerando perfettamente lecita l'opzione di vendita a prezzo fisso ha osservato come le parti avessero pattuito che l'opzionario avrebbe ricevuto, all'esito dell'esercizio del diritto potestativo, non solo il prezzo di acquisto maggiorato degli interessi, ma anche «ogni eventuale ulteriore esborso nel frattempo effettuato»⁽¹⁰⁾. Circostanza idonea ad escludere qualsiasi interesse al mantenimento della partecipazione da parte del titolare della *put* il quale non

⁽⁸⁾ Va osservato come la Cassazione abbia sottolineato come il giudice di secondo grado avesse ritenuto illegittima l'opzione di vendita a prezzo prefissato considerando determinante la scrittura modificativa del patto che garantiva al titolare della opzione il completo ristoro per ogni versamento effettuato a titolo di capitale o patrimonio netto in favore della società.

⁽⁹⁾ App. Milano, 19 febbraio 2016, n. 636, cit., secondo cui: «Non resta, dunque, che valutare se l'accordo nel suo complesso presenti una sua autonoma funzione economica, come tale meritevole di tutela (terzo motivo di appello), che consenta di escludere la violazione del divieto di cui all'art. 2265 c.c. In effetti, la vicenda contrattuale complessiva sembra piuttosto complessa (...). DeA, dal canto suo, aveva accettato con il solo obiettivo (pare) di un investimento finanziario di breve periodo, che le consentisse di liquidare velocemente la partecipazione, mentre Sopaf manteneva un interesse di tipo industriale nell'affare, e quindi di medio-lungo periodo. Col mutare delle condizioni economiche, in seguito alla mancata autorizzazione in Banca d'Italia nei tempi previsti, Sopaf ha acconsentito a rilasciare a DeA un'opzione put cd a prezzo fisso, come tale perfettamente lecita e valida. Tuttavia, nel giugno del 2008, le parti hanno modificato il testo contrattuale dell'opzione, trasformandola, di fatto e in modo inequivoco, in una *put* a prezzo non solo indeterminato, ma addirittura indeterminabile. 12. La valutazione dell'autonoma funzione economica dell'accordo non può dunque prescindere dall'esame dell'assetto di interessi complessivamente risultante dopo la modifica del 23 giugno 2008. Con tale modifica risulta evidente che l'interesse di DeA a mantenere alto il valore della propria partecipazione fosse svanito in conseguenza della certezza che, in ogni caso, Sopaf o un terzo della stessa designato, avrebbe liquidato a una certa data non solo il prezzo versato nell'acquisto del 1° agosto 2007 maggiorato di interessi, ma anche ogni ulteriore eventuale esborso nel frattempo effettuato. Di qui l'irrimediabile mutamento della sostanza economica non soltanto dell'affare, ma anche della posizione nella compagine sociale di DeA, che non si può dire avesse una partecipazione irrilevante, poiché in virtù del complessivo assetto derivante dai patti parasociali cui aderiva, la stessa godeva di diritti di veto, oltre che di designare almeno un amministratore... Risulta evidente, nel caso concreto, che il trasferimento del rischio ha in realtà portato a una assoluta e costante esclusione dell'alea tipica dell'investimento finanziario, che come tale non può che essere vista come un tentativo di eludere il divieto di patto leonino attraverso un accordo tra soci esterno al contratto societario e pertanto non meritevole di tutela (...).»

⁽¹⁰⁾ App. Milano, 19 febbraio 2016, n. 636, cit.

avrebbe di fatto assunto alcun rischio nel versamento di ulteriori apporti essendosi «assicurata in ogni caso il ritorno di tutte le somme versate» ⁽¹¹⁾.

La decisione della Corte di Cassazione, in accoglimento del secondo terzo e quarto motivo del ricorso, sancisce, al contrario di quanto sostenuto dai giudici di merito, la legittimità dell'opzione *put*. La conclusione non è di poco momento, sia alla luce dei precedenti oggetto di impugnativa, sia considerando gli orientamenti dottrinali sul punto ⁽¹²⁾. Ciò specie considerando che oggetto dell'esame era la validità di una opzione di vendita di una partecipazione di minoranza che prefigurava quale corrispettivo il pagamento del prezzo corrisposto per l'acquisto, oltre gli interessi pattuiti per neutralizzare la perdita di valore del denaro ed ogni ulteriore esborso effettuato dall'opzionario in favore della società partecipata.

Il provvedimento, muovendo dal consolidato principio secondo cui la violazione del patto leonino si verificherebbe in presenza di una esclusione assoluta e costante dalle perdite o dagli utili ⁽¹³⁾, precisa come l'indagine

⁽¹¹⁾ Cfr. App. Milano, 19 febbraio 2016, n. 636, *ult. cit.*

⁽¹²⁾ Per lungo tempo è prevalsa in dottrina l'opinione secondo cui il contratto di opzione *put* a prezzo preconcordato fosse invalido in quanto «contrario all'essenza stessa del contratto di società», atteso che esso determinerebbe un'irreparabile distorsione del regime di «fratellanza che v'è fra soci» (LORDI, *Patto leonino: garanzia di soci che esonerano un altro socio dalle perdite*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, II, p. 308). In particolare, secondo tale indirizzo, la presenza all'interno del medesimo organismo societario di soci esclusi e non dalle perdite condurrebbe ad un insanabile conflitto di interessi tra soci (cfr. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, p. 26; ABRIANI, *op. cit.*, p. 40). Occorre, tuttavia, evidenziare come la nullità di simili patti sia stata tradizionalmente comminata soltanto verso i soci titolari di partecipazioni che esercitano un potere di gestione sulla società (*i.e.* diritto di voto) considerato che non potrebbe nuocere colui che partecipasse al risultato utile della società senza influenzarne l'indirizzo strategico. Per altro verso, una differente corrente dottrinale ha inteso dare dignità alla clausola di opzione riconoscendone la validità in presenza di particolari condizioni e nell'ambito di indagini approfondite sullo scopo della loro previsione; così, PIAZZA, *op. cit.*, p. 813; SBISÀ, *op. cit.*, p. 821 ss. Secondo tale indirizzo, «la violazione del divieto dovrebbe essere misurata non con riferimento alla posizione soggettiva del socio (come è, invece, normale per le società di persone), bensì con riferimento alla disciplina oggettiva del bene azione». Giacché, poco importa se il socio è escluso dalle perdite poiché «dal punto di vista oggettivo delle azioni su cui verte l'accordo, la partecipazione agli utili o la soggezione alle perdite continuerebbe ad operare in modo assolutamente immutato» (v. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 24).

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Società*, 1995, p. 178 ss., con nota di BATTI, *Il patto leonino nell'ambito delle partecipazioni a scopo di finanziamento*, in *Nuova giur. civ.*, p. 1161 ss., con nota di TEDESCHI, *Sul divieto di patto leonino*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 478 ss., con nota di CIAFFI, *Finanziaria regionale e patto leonino*; e *Notariato*, 1995, p. 244 ss., con nota di LA PORTA, *Patti parasociali e patto leonino*, secondo cui l'esclusione dalle perdite o dagli utili deve costituire una situazione assoluta e costante: «assoluta, perché il dettato normativo parla di esclusione "da ogni" partecipazione agli utili o alle perdite, per cui una

debba «valutare se (...) la causa *societatis* del rapporto partecipativo del socio in questione permanga invariata nei confronti dell'ente collettivo, o se, invece, venga irrimediabilmente deviata dalla clausola che lo esonera, atteso il suo contenuto, dalla sopportazione di qualsiasi perdita (...)». Si sottolinea, cioè, la differenza esistente tra la traslazione del rischio tra soci rispetto alla concreta suddivisione dei risultati o delle perdite perseguiti o sopportati dalla compagine sociale.

La Corte, e questo sembra un passaggio metodologico di rilievo, si sofferma sul concetto di causa concreta per verificare se l'interesse che le parti intendevano perseguire ed il risultato pratico ottenuto fosse meritevole di tutela. Ciò che rileverebbe, dunque, è l'interesse tipico che si intende perseguire nel solco dell'art. 1322 c.c. precisando come «Il controllo del giudice sul regolamento degli interessi voluto dai soggetti, se mira a limitare l'esercizio di autonomia privata, non deve però perdere di vista che il principio generale è quello della garanzia costituzionale *ex art. 41 Cost.*». Da ciò discenderebbe che la violazione del patto leonino non si potrebbe configurare ogni volta che «(...) l'esclusione delle perdite non sia strutturalmente assoluta e costante (...) né ne integri la funzione essenziale, o causa concreta, con riguardo al complessivo regolamento negoziale».

La Corte ravvisa la ragione pratica dell'operazione dianzi descritta nel finanziamento dell'impresa, operata anche indirettamente in favore di altro socio, attraverso un contratto a causa mista, associativa e di finanziamento, finalizzato al reperimento di capitali per il perseguimento del fine imprenditoriale programmato ⁽¹⁴⁾.

Il socio finanziatore avrebbe, secondo la corte di legittimità, uno specifico interesse a far sì che la società persegua i propri risultati a tutela del proprio investimento: sia perché in tal caso quest'ultimo si incrementerebbe di valore, sia perché l'altro socio potrebbe di conseguenza con maggiore probabilità avere risorse sufficienti ad onorare l'opzione di vendita. Lo scopo perseguito, in altre parole, non escluderebbe l'interesse del socio

partecipazione condizionata (ed alternativa rispetto all'esclusione in relazione al verificarsi, o non della condizione) esulerebbe dalla fattispecie preclusiva. Costante perché riflette la posizione, lo *status* del socio nella compagine sociale, quale delineata nel contratto di società».

⁽¹⁴⁾ Si potrebbe osservare a questo riguardo come il corrispettivo versato dal socio finanziario in favore del socio venditore non si risolve necessariamente in un finanziamento all'impresa che potrebbe non beneficiare del pagamento effettuato. In tale ipotesi, tuttavia, permanerebbe, in linea di principio, un interesse più ampio all'allargamento della base azionaria mediante l'intervento di un soggetto idoneo a fornire il supporto strategico finanziario necessario alla crescita della società.

opzionario al buon esito dell'impresa, nonostante il ristoro promesso ai sensi dell'accordo di *put*. Egli avrebbe, di contro, il fine di accrescere il valore della società, promuovere una attenta gestione e vedere migliorato il suo profitto ⁽¹⁵⁾.

Da ciò discenderebbe, da un lato, che l'accordo intervenuto non avrebbe alcuna incidenza sulla causa societaria «ponendosi il meccanismo sul piano della circolazione delle azioni, piuttosto che su quello della ripartizione degli utili e delle perdite» ⁽¹⁶⁾; dall'altro, la meritevolezza dello schema sarebbe legata alla natura di finanziamento partecipativo finalizzato all'incremento del valore societario ⁽¹⁷⁾ cui farebbe riscontro «la partecipazione all'impresa con la remunerazione del conferimento e la fruizione di una garanzia dell'esborso, mediante il controllo sulla vita sociale e la possibilità di dismissione».

3. – La decisione in commento si segnala indubbiamente per aver affrontato il tema della opzione di vendita a prezzo prefissato cercando di rinvenire la causa concreta del rapporto su cui fondare il relativo giudizio di meritevolezza. L'approccio denota sensibilità rispetto alle etero-

⁽¹⁵⁾ Cfr. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 49; PERRINO, *op. cit.*, p. 1169; SALAFIA, (nota in commento della sentenza Trib. Milano, 6 febbraio 2012, in *Società*, 2012, p. 376), osserva che ove il patto parasociale di esclusione delle perdite «avesse come causa la realizzazione di un interesse diverso dalla deroga al trattamento paritario riservato ai soci dalla legge e dallo statuto, se ne dovrà riconoscere la legittimità in conformità alla liceità della sua causa. Per esempio se la partecipazione sociale fosse acquisita da un terzo, che contestualmente provveda a finanziare la società, con l'unica finalità di vigilare sulla correttezza della gestione dell'impresa sociale (...) il patto discriminatorio del nuovo socio avrebbe causa lecita, sia perché la discriminazione sarebbe limitata nel tempo, sia perché la partecipazione sarebbe solo apparentemente uno strumento di partecipazione al rischio dell'impresa societaria». Nello stesso senso, Trib. Milano 3 ottobre 2013, in *Società*, 2014, 6, p. 688 ss., con nt. di DEL BIANCO e PROVERBIO, *Opzioni put e divieto di patto leonino*, afferma che sarebbe opportuno valutare, «a fronte di patti che consentano ad un socio l'*exit* a condizioni preconcordate, di modo e di tempo, non solo se essi siano idonei ad escludere un socio dalla partecipazione alle perdite in modo assoluto e costante ma se detta esclusione costituisca la loro funzione essenziale».

⁽¹⁶⁾ Del resto, va osservato come l'opzionario non sia esonerato dal rischio di subire delle perdite per effetto della titolarità della partecipazione, atteso che esso assumerebbe su di sé il rischio di insolvenza dell'obbligato che potrebbe non essere nella condizione di adempiere al pagamento del prezzo di cessione preconcordato.

⁽¹⁷⁾ Ed invero, come rilevato nel testo, l'intervento del c.d. *financial sponsor* può essere fondato su differenti motivazioni legate in ogni caso alla volontà di seguire un determinato disegno imprenditoriale. La funzione di ampliamento della base azionaria può favorire un mero reperimento di fondi mediante un aumento di capitale, consentire ad un soggetto finanziariamente solido di fornire il supporto per il sostegno finanziario, favorire la ristrutturazione dell'impresa in caso di crisi finanziaria, essere di ausilio nell'ambito di un mutamento generazionale.

genee strutture contrattuali adottate nella prassi e può senz'altro rappresentare uno spunto di riflessione per poter identificare dei criteri interpretativi idonei a definire la legittimità di alcune clausole contrattuali sovente adottate nella pratica.

Risulterebbe del resto difficile rinvenire un'unica regola interpretativa che possa, *ex ante* ed a prescindere dal risultato pratico che le parti intendono perseguire, configurare la legittimità o la illegittimità di una opzione di vendita a prezzo concordato sol considerando che la stessa risulta di per sé contraria al dettame di cui all'art. 2265 c.c. I diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto ne sono un esempio e va osservato che almeno in alcuni precedenti le corti giudicanti hanno sottolineato come il paradigma contrattuale non si risolve *in re ipsa* in un patto leonino, dovendo in ogni caso l'interprete affrontare il tema alla luce dei molteplici aspetti riguardanti il rapporto contrattuale posto in essere⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Fin dai suoi esordi, la giurisprudenza di merito ha mostrato particolare cautela nel sancire l'invalidità di simili pattuizioni escludendo, in un primo momento, l'operatività del divieto di cui all'art. 2265 c.c. alle convenzioni parasociali. Invero, tanto la giurisprudenza anteriore che successiva all'entrata in vigore del codice civile, tendeva ad escludere gli accordi extrasociali dall'ambito di applicazione del suddetto divieto rilevando come, nell'ambito di simili pattuizioni, i contraenti agissero *uti singuli*, e non *uti soci* (così, Cass., 14 giugno 1939, n. 2029, il *Foro it.*, 1940, I, p. 94; e Cass., 30 maggio 1941, n. 1618, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, p. 305; Cass., 22 giugno 1963, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2040; Cass., 25 marzo 1966, n. 787, in *Giust. civ.*, 1966, p. 499). Tale principio è stato tuttavia ampiamente superato dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, cit.) affermando il principio secondo cui il patto parasociale potrà considerarsi elusivo del divieto del patto leonino ove, oltre a determinare l'esclusione assoluta e costante del socio dalle perdite o dagli utili, non persegua una funzione meritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c. Sulla base di queste premesse, il Trib. Cagliari, 19 giugno 2000 (in *Riv. giur. sarda*, 2001, 471, con nt. di CINCOTTI, *Sulla liceità del patto di smobilizzo della c.d. partecipazione a scopo di finanziamento*), in una fattispecie apparentemente analoga, ha affermato la seguente massima: «Il patto tra soci che prevede la possibilità per una società finanziaria di cedere ai restanti soci la propria partecipazione al medesimo prezzo da essa corrisposto al momento dell'ingresso nella compagine sociale deve essere qualificato come patto di opzione perfettamente lecito. In particolare il patto di opzione non può essere considerato in contrasto con il divieto del c.d. patto leonino». Inoltre, Trib. Cagliari, 3 aprile 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 747 ss., con nota di SANTAGATA, *Partecipazioni in S.r.l. a scopo di finanziamento e divieto di patto leonino*), ha sancito che «Il divieto del c.d. patto leonino posto dall'art. 2265 c.c. presuppone una situazione statutaria caratterizzata dall'esclusione assoluta e costante di uno dei soci dalla partecipazione al rischio di impresa o dagli utili ovvero da entrambe tali situazioni: esulano pertanto dal divieto le pattuizioni regolanti la partecipazione agli utili e alle perdite in misura diversa dall'entità della partecipazione del singolo socio». In senso analogo, si veda Cass., 21 gennaio 2000, in *Società*, 2000, p. 697 ss., con nota di FANTI nell'ambito della quale la S.C. ha ritenuto che ha escluso la configurabilità del divieto di patto leonino laddove la partecipazione agli utili e alle perdite sia proporzionata all'entità della quota detenuta. Pur in costanza di questo filone interpretativo, la giurispru-

Nella pratica degli affari, peraltro, si registra un processo evolutivo⁽¹⁹⁾ che impone un'analisi accurata delle fattispecie essendo sempre più frequente il fenomeno della c.d. partecipazione temporanea dettata da esigenze legate alla natura dell'investitore. Il riferimento corre evidentemente ai fondi di *private equity* che, sempre più presenti nella nostra economia, hanno inevitabilmente il compito di effettuare investimenti che per definizione prevedono, entro un certo termine, lo smobilizzo della partecipazione attraverso varie metodologie; ciò per consentire la remunerazione dei propri investitori dai quali hanno raccolto i fondi necessari all'investimento stesso.

Attesa la diversa ispirazione che guida l'interesse del socio industriale rispetto a quello finanziario, si tratta di verificare se gli schemi adottati finiscano per violare, direttamente od indirettamente, il precetto dell'art. 2265 c.c. ed accertare se, tenuto conto dello scopo che le parti intendono perseguire per il tramite della opzione di vendita a prezzo preconcordato nel più ampio schema di acquisizione posto in essere, ricorrano i requisiti di absolutezza e costanza cui la giurisprudenza fa riferimento e stabilire se lo scopo perseguito sia effettivamente quello di escludere il rischio di impresa del socio finanziatore per il quale è irrilevante l'andamento della società.

denza successiva ha in taluni casi espresso pareri discordanti. Si pensi, in merito, alla pronuncia del Trib. Napoli, 10 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1355, secondo cui «il patto di opzione contenuto nella scrittura in questione appare perfettamente lecito e senz'altro non contrastante con il divieto di patto leonino, il quale presuppone una situazione statutaria». Parimenti, il Tribunale di Milano (Trib. Milano, 13 settembre 2011, cit.) ha ritenuto che la clausola di *put* a prezzo preconcordato sia escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 2265 c.c. in quanto la predeterminazione del prezzo rientrerebbe nella normale alea del contratto di compravendita. In particolare, nell'ambito della suddetta pronuncia si afferma che: «il regime vietato dall'art. 2265 c.c. deve riguardare il rapporto tra società e soci, e che il divieto non incide – dato il carattere eccezionale delle limitazioni poste all'autonomia privata – sull'eventuale trasferimento di partecipazioni, che rappresenta una fattispecie affatto diversa dalla situazione di titolarità del diritto agli utili di esercizio».

⁽¹⁹⁾ Sul processo di *exit* attuato da fondi di *private equity* si veda nella letteratura straniera SMITH, *The exit structure of Venture Capital*, in *UCLA Law Rev.*, 53, 2005, p. 315; CUMMING & MACINTOSH, *Venture-Capital Exits in Canada and United States*, in *U. Toronto Law J.*, 2003, 53, 101, p. 106; CUMMING e JOHAN, *Venture Capital and Private Equity Contracting. An International Perspective*, Amsterdam, 2009; LA LANDE, *Private Equity Strategies for Exiting a Leveraged Buyout*, in *Corporate & Securities web service* (<http://us.practicallaw.com>); LIU, *Bye Bye Bye: private equity exit strategies*, in *Deal Law Wire* (<http://deallawview.com>); FOLUS e BOUTRON, *Exit Strategies in Private Equity*, 2015. In tale prospettiva, sarà fondamentale per l'investitore istituzionale negoziare «pattuizioni a servizio del diritto di *exit*» (così, MAZZA, *Patti sociali e parasociali nelle operazioni di private equity e venture capital*, Milano, 2017, p. 224). Nel novero di simili meccanismi negoziali rientrano, come si vedrà più nello specifico al par. 5 *infra*, le clausole di *put option* e co-vendita.

L'accertamento della meritevolezza del fine dovrebbe di per sé (almeno secondo quanto indicato dalla decisione della Corte di Cassazione ⁽²⁰⁾) costituire un *prius* logico da cui discenderebbe inevitabilmente la legittimità dello schema.

La dottrina ⁽²¹⁾ ha da tempo rilevato come l'intervento del socio finanziario possa muovere da diversi interessi quali il supporto ad una iniziativa imprenditoriale appena avviata (c.d. *start up*), le esigenze di reperimento di capitali per finalizzare una ristrutturazione causata da crisi di liquidità, la volontà di aprire l'azionariato ad una diversa categoria di soci per avviare un percorso di crescita ovvero favorire la quotazione su un mercato regolamentato, la più semplice acquisizione del controllo della società attraverso diverse fasi ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, cit.: «Premesso che l'esistenza di interessi rilevanti pur di altra natura al buon esito dell'andamento dell'impresa esclude di incorrere nel divieto di patto leonino, tali interessi certamente esistevano in capo a Dea s.p.a. (...). In ipotesi di opzione put a prezzo preconcordato, occorre ricostruire la causa concreta del programma contrattuale, per valutare se esista, sia lecita e meritevole di tutela: onde il patto non potrà ricadere nel divieto *ex art. 2265 c.c.* e supererà positivamente il vaglio *ex art. 1322 c.c.*, laddove l'esclusione dalle perdite non sia strutturalmente assoluta e costante, nel senso sopra precisato, né ne integri la funzione essenziale, o causa concreta, con riguardo al complessivo regolamento negoziale. (...) Nell'opzione put a prezzo preconcordato si assiste all'assoluta indifferenza della società alle vicende giuridiche che si attuano in conseguenza dell'esercizio di essa, le quali restano neutrali ai fini della realizzazione della causa societaria, già per la presenza di elementi negoziali idonei a condizionare il potere di ritrasferimento a circostanze varie, capaci di orientare la scelta dell'oblato nel senso della vendita, ma anche della permanenza in società; onde non ne viene integrata l'esclusione da ogni partecipazione assoluta e costante dalle perdite. Lo schema causale dell'operazione complessiva, secondo i fatti accertati dal giudice di merito, non reca dunque neppure insiti in sé i rischi che sono tradizionalmente ricondotti al divieto di patto leonino». In tal senso si è espressa altresì Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, cit., in cui si legge «un contratto parasociale avente una funzione causale autonomamente meritevole di tutela e non volta unicamente alla violazione del disposto dell'art. 2265 c.c., ma espressione di un interesse alla buona gestione dell'impresa, può rientrare in una valutazione di validità, non essendo espressione di quelle ragioni di politica economica che sono alla base del precetto dell'art. 2265 c.c.». Esprimono perplessità sul citato orientamento giurisprudenziale ABRIANI, *op. cit.*, 142; CIAFFI, *op. cit.*, 492; PAIARDINI, *Sui presupposti di configurabilità del divieto di patto leonino*, *Riv. dir. comm.*, 2011, II, p. 110, il quale ritiene che l'indagine circa la meritevolezza dell'accordo parasociale dovrebbe essere preclusa laddove il patto sia posto in essere nell'ambito di un'operazione di finanziamento, trattandosi di fattispecie che viola indiscutibilmente il divieto di cui all'art. 2265 c.c.

⁽²¹⁾ Cfr., *ex multis*, GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 641 ss.; SANTAGATA, *op. cit.*, p. 750; ABRIANI, *ult. op. cit.*, 115 ss.; DE LUCA e FERRI, *Le scelte di finanziamento in ottica strategica*, Milano, 2009; BARCELLONA, *op. cit.*, p. 6 ss.; MINERVINI, *op. cit.*, p. 777; PIAZZA, voce *Patto leonino*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 527; e SBISÀ, *op. cit.*, p. 825 ss.

⁽²²⁾ È sempre più frequente riscontrare come l'intervento di fondi di *private equity*

I diversi scopi perseguiti possono o meno postulare l'utilizzo delle stesse tecniche contrattuali ovvero richiedere una diversa calibratura in funzione delle finalità perseguite, dei tempi di realizzazione e delle esigenze di ritorno economico ⁽²³⁾. In ogni caso l'assetto divisato non può prescindere da una valutazione in ordine alle finalità pratiche progettate, alla presenza o meno di un effettivo rischio di impresa, al concreto interesse a far sì che la società raggiunga gli obiettivi patrimoniali e finanziari alla base dell'investimento.

La rassegna che segue si propone appunto di esaminare, da un lato, le diverse strutture contrattuali poste in essere (siano esse previste in un patto parasociale ovvero nello statuto) alla luce dei canoni ermeneutici elaborati dalla recente giurisprudenza di legittimità e, dall'altro, evidenziare come lo sviluppo delle esigenze economiche e delle sempre più raffinate tecniche finanziarie impongano di superare rigidi criteri esegetici, che rischiano di vanificare la funzione propulsiva ⁽²⁴⁾ dell'intervento del socio finanziario, applicando, nel rispetto dei principi fissati dalla normativa e dalla giurisprudenza, una modalità interpretativa che tenga conto di tutti i profili rivenienti dagli accordi posti in essere.

4. – L'esperienza maturata nel mondo delle operazioni di acquisizione (specie quelle portate a termine da fondi di *private equity*) lascia emergere una significativa varietà di esempi di opzioni di vendita a prezzo preconcordato.

In particolare, come già rilevato da autorevole dottrina ⁽²⁵⁾, le molteplici finalità che sottendono ad un investimento di minoranza o non totalitario in una società richiedono una diversa disamina dei presupposti che guidano l'intento delle parti.

avvenga a fianco del socio di controllo ovvero della minoranza dei *managers* che continuano a svolgere la propria attività al servizio della società. Nel primo caso, tuttavia, può accadere che l'investimento sia prodromico ad un percorso concordato, e disciplinato contrattualmente, che prevede alla base un piano industriale declinato in *business plan* che può avere quale esito la quotazione, la alienazione del pacchetto, la integrazione con una diversa realtà industriale ad esempio già quotata.

⁽²³⁾ Va, peraltro, osservato come il socio finanziario possa avere diversi termini di durata dell'investimento. Si può rilevare ad esempio come i fondi che operano nel settore delle infrastrutture prevedano un *exit in* un arco temporale più ampio rispetto a quelli che operano in ambito industriale.

⁽²⁴⁾ Sembra, cioè, importante estendere l'analisi a tutti i profili che caratterizzano l'operazione per poter verificare se gli scopi perseguiti siano meritevoli di tutela secondo i canoni esegetici formulati dalla giurisprudenza.

⁽²⁵⁾ ABRIANI, *op. cit.*, p. 115 ss.; BARCELLONA, *op. cit.*, p. 33 ss.; PERRINO *op. cit.*, p. 1166.

Senza voler in questa sede affrontare le varie problematiche concernenti la applicabilità del patto leonino, si possono considerare come punto di partenza dell'analisi due elementi fondamentali già condivisi dalla dottrina e dalla giurisprudenza:

- il patto leonino è pacificamente applicabile alle società di capitali ⁽²⁶⁾;
- il precetto di cui all'art. 2265 c.c. è suscettibile di violazione anche in via indiretta a prescindere dalla circostanza che la clausola che si assume illegittima sia contenuta o meno nello statuto ⁽²⁷⁾.

Partendo da tale assunto e considerando la casistica invero eterogenea, si può osservare come sia possibile sussumere ai nostri fini talune strutture contrattuali in diverse categorie che presentano invero caratteristiche analoghe; ciò per poter verificare se in tali fattispecie si possano configurare o meno i requisiti di legittimità identificati dalla recente giurisprudenza ⁽²⁸⁾.

In taluni casi l'opzione di vendita a prezzo preconcordato prevista dal patto parasociale può essere esercitata solo a decorrere da una certa data ⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ In termini, TETI, *Il rapporto partecipativo tra passato e presente: riflessioni a margine di un libro recente*, *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 1150; ABRIANI, *op. cit.*, p. 55; TORSELLO, *op. cit.*, p. 906; BARCELLONA, *op. cit.*, p. 6 ss.; SORACE, *op. cit.*, p. 86-87; PIAZZA, *op. cit.*, p. 803; SBISÀ, *op. cit.*, p. 825; RODORF, *Azioni e quote di società postergate nella partecipazione alle perdite*, 1995, p. 87; GRECO, *Garanzie di utili e retribuzioni di apporti nel contratto di società*, 1932, II, p. 138. Cfr. ANGELICI, voce "Società per azioni", in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, p. 1016; COTTINO, *La società per azioni*, estratto dal *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1971, 11, p. 38, il quale ritiene che nella società per azioni il divieto di cui all'art. 2265 c.c. possa operare soltanto se riveduto e corretto. In giurisprudenza, si vedano Cass., 14 giugno 1939, n. 2029, *Foro it.*, 1940, I, p. 94; Cass., 23 giugno 1963, n. 1686, *Giur. civ.*, 1963, I, p. 2040 ss.; Trib. Verona, 9 febbraio 1989, in *Società*, 1989, p. 738; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927 (nt. 12); Trib. Milano, 30 dicembre 2011, *cit.*; Trib. Milano, 13 settembre 2011, in *Società*, 11, 2012, p. 1158 ss., con nt. di PERRINO, *op. cit.*; e *Riv. dir. comm.*, 2012, 3, p. 233, con nt. di TUCCI, *op. cit.*

⁽²⁷⁾ FERRI, Sub 2265, in *Comm. c. c. Scialoja-Branca*, Bologna Roma, 1981; OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 528; FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987; ABRIANI, *op. cit.*, p. 141 - 142; MINERVINI, *op. cit.*, p. 777; FANTI, *Natura e portata del divieto di patto leonino*, *Società*, 2000, p. 698; CIAFFI, *op. cit.*, p. 491 - 492. *Contra* BATTI, *op. cit.*, p. 185; SBISÀ, *op. cit.*, p. 825; PIAZZA, *Patto leonino*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, XXXII, p. 527. In giurisprudenza si veda Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927; Trib. Milano, 30 dicembre 2011; Trib. Milano, 3 luglio 2012, in *Riv. dir. soc.*, I, 2013, p. 92, con nt. di SORACE, *op. cit. Contra*, Cass. 29 luglio 1930, n. 2929, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, p. 138; Cass., 30 maggio 1941, n. 1618, 1942, II, p. 305; Trib. Napoli, 10 dicembre 2009, *Foro it.*, 2010, I, p. 1355.

⁽²⁸⁾ ABRIANI, *op. cit.*, p. 138 ss.; BARCELLONA, *op. cit.*, p. 10-11; SORACE, *op. cit.*, p. 82 ss.; PERRINO, *op. cit.*, p. 1167, nt. 14.

⁽²⁹⁾ Il termine di decorrenza per l'esercizio della *put* è sovente legato a determinati eventi quali l'arco temporale del *business plan* cui è legato l'investimento, il termine preconcordato per uscire dalla compagine azionaria in considerazione della durata del fondo, lo

In questa ipotesi l'esercizio del diritto potestativo è collegato alla scadenza di un termine iniziale ed ancorata ad un arco temporale contrattualmente definito. Ne discende che, da un lato, le parti concordano *ex ante*, che la partecipazione può risultare temporanea e che una di esse si assume l'obbligo di soddisfare l'esigenza di dismissione concordata al momento dell'acquisto della partecipazione da parte del socio finanziario; dall'altro, l'*exit* condiviso richiede la definizione di un prezzo determinato o determinabile in funzione degli obiettivi finanziari che le parti intendono perseguire. Al titolare della *put* sono di norma riconosciuti diritti di *governance* (espressione dell'interesse nella gestione sociale), e l'intervallo temporale per esercitare la *put* espone il suo titolare al rischio imprenditoriale tipico del socio. Mette conto osservare come di norma il complessivo assetto negoziale preveda la condivisione di un piano strategico di durata più o meno lunga, un assetto di *governance* finalizzato a presidiare l'investimento del socio di minoranza e il perseguimento degli obiettivi concordati, modalità di valorizzazione della società anche attraverso ipotesi che prevedano una dismissione congiunta dell'intero pacchetto azionario ⁽³⁰⁾.

Tali circostanze denotano un più ampio disegno negoziale che, in linea con quanto ritenuto dalla decisione in esame, mira a reperire capitali da soggetti finanziari per favorire, attraverso vari metodologie, la valorizzazione dell'impresa in un determinato spazio temporale.

spirare del termine previsto per il verificarsi di un certo obiettivo imprenditoriale. Spesso, peraltro, il diritto di opzione di vendita *put* è accompagnato da un diritto di opzione all'acquisto (c.d. *call*) per consentire al socio industriale di riacquistare la partecipazione alienata. Va altresì indicato come frequentemente il prezzo di vendita o di acquisto sia determinato quale il maggiore tra il *fair market value* della partecipazione ad una certa data e l'importo pagato per l'acquisto maggiorato di un certo rendimento ovvero un importo corrispondente all'IRR previsto. Si conviene dunque *ex ante* quali siano i criteri per determinare il corrispettivo dovuto al socio finanziario. Va rilevato, peraltro, che ogni volta si verifichi il riferimento al valore di mercato della partecipazione sussisterebbe un concreto interesse del socio finanziario al proficuo andamento della società e, quindi, all'incremento di valore della partecipazione. In tal modo si dovrebbe scongiurare l'ipotesi di escludere un interesse dell'opzionario alla corretta gestione della società per accrescerne il valore.

⁽³⁰⁾ Sulla ipotesi di vendita congiunta si vedano i contributi in tema di diritto di seguito e di trascinamento di DIVIZIA, *Le clausole di tag e drag along*, Milano, 2013; D'ALESSANDRO, *Patti di co-vendita (tag along e drag along)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 402; DI BITONTO, *Diritto statutario di covendita ("tag along") collegato al cambio di controllo e vendita della nuda proprietà di azioni*, in *Società*, 2013, p. 781 ss.; FABBRINI, *Validità delle clausole statutarie di drag along*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 1038 ss.; nonché la Massima n. 88 della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Clausole statutarie disciplinanti il diritto e l'obbligo di "covendita" delle partecipazioni*.

In questo caso, non sembrano potersi ravvisare i requisiti della assolutezza e della costanza ovvero la neutralizzazione di ogni rischio in capo al socio finanziario o il disinteresse di questo verso la gestione della società⁽³¹⁾. Il titolare della opzione di vendita, nel periodo anteriore all'*exit*, si caratterizzerebbe come un socio ordinario titolare di diritti amministrativi e patrimoniali ed esposto all'andamento dei risultati dell'impresa al cui positivo andamento è legato il proprio interesse⁽³²⁾. Si pensi ad esempio al caso di perdite verificatesi prima del decorso del termine da cui derivi

⁽³¹⁾ Sul punto, cfr. Trib. di Milano, 6 febbraio 2012, cit., in cui è stato ritenuto legittimo l'accordo tra soci il cui termine di esercizio era pari a cinque anni per assenza del requisito della costanza. Parimenti, il Tribunale di Milano, in una pronuncia di poco successiva (Trib. Milano, 3 luglio 2012, cit.), ha ritenuto legittima la *put* il cui esercizio fosse condizionato al verificarsi di un evento futuro ed incerto per mancata soddisfazione del requisito dell'assolutezza. In merito, cfr. Trib. Cagliari, 19 giugno 2000, cit., in cui si legge che «la previsione del patto di opzione non esclude la normale e fisiologica partecipazione agli utili e alle perdite della società da parte di Sfir per tutta la durata della permanenza della stessa nella compagine sociale, permanenza la cui cessazione era tra l'altro rimessa ad una serie di eventi specificamente individuati, fra cui la mancata quotazione della società entro una certa data». Tale orientamento presta tuttavia il fianco a talune critiche. In particolare, come osservato da GIORGIANNI (v. Lodo arbitrale, 7 aprile 2000, in *questa rivista*, 2000, I, p. 983 ss.), le suddette clausole risulterebbero contrarie al divieto di patto leonino in quanto «prevedono una esclusione assoluta e costante dalla partecipazione alle perdite gestionali, ancorché temporalmente circoscritta». TORSELLO (*op. cit.*, p. 911 ss.), richiamando a supporto della propria tesi la *dissenting opinion* di Giorgianni, osserva come l'applicazione rigida dei criteri di assolutezza e costanza possano «aprire la strada a pratiche troppo facilmente elusive del divieto, posto che legittimerebbe la partecipazione a società con esclusione dalla partecipazione alle perdite per un tempo determinato, rimandando alla pura e semplice volontà futura del socio la decisione se (continuare a) partecipare alla società assumendo il rischio d'impresa fisiologico nella partecipazione». Sul punto, risulta interessante l'*iter* decisionale della Corte d'Appello di Milano nella sentenza 20 ottobre 2014, n. 3674, in *Contratti*, 2015, 11, p. 999 ss., con nt. di PALOMBA, *Opzione put e patto parasociale leonino: profili ermeneutici*. In tale ipotesi la Corte non ha ritenuto sufficiente che l'esercizio della *put* decorresse da una certa data e riformando la decisione resa dal giudice di prime cure ha ritenuto essenziale valutare, sulla base del complessivo accordo, l'effettivo interesse del socio finanziatore alla positiva gestione dell'impresa. L'analisi, a parere della corte, ha indotto a ritenere non meritevole di tutela l'interesse perseguito in quanto (i) l'esercizio della opzione è solo ancorato al decorso di un termine e non al verificarsi di un evento, (ii) emergeva dall'insieme delle clausole e dalla condotta tenuta un complessivo disinteresse alla gestione dell'impresa contando sulla protezione offerta dalla *put* per assicurarsi un ritorno garantito. È singolare notare come il testo della sentenza rileva come tale meccanismo sarebbe equiparabile ad un diritto di recesso presumibilmente non legittimo perché legato al mero decorso del tempo e non al verificarsi di un evento. L'osservazione, tuttavia, merita la riflessione secondo cui almeno in tale ipotesi il pagamento del corrispettivo troverebbe un limite patrimoniale nelle riserve distribuibili ciò che legittimerebbe l'interesse del titolare della opzione ad una proficua gestione della società. Sul punto si vedano le riflessioni articolate nel par. 5 *infra*.

⁽³²⁾ Si veda ancora Trib. di Milano, 6 febbraio 2012, cit., nell'ambito del quale il giudice di merito ha altresì osservato che essendo stato l'accordo sottoscritto in data suc-

un azzeramento del capitale cui non faccia seguito (per volontà del socio) la ricapitalizzazione, ovvero all'ipotesi di fallimento della società che, di fatto, svuoterebbe di contenuto i poteri di *governance* posti a presidio dell'investimento ed il valore dell'investimento stesso ⁽³³⁾. Il disegno complessivo che si intende perseguire, cioè quello di reperire capitali a vantaggio della società (attraverso un aumento di capitale) o del socio (attraverso una compravendita ⁽³⁴⁾) attribuendo al socio finanziario determinati diritti di *governance* per monitorare il progetto condiviso e consentire un arco temporale per esercitare l'*exit*, dovrebbe, dunque, rispettare i requisiti delineati dalla decisione in commento ⁽³⁵⁾.

A fortiori, analoghe conclusioni potrebbero essere raggiunte laddove l'esercizio della *put* sia legato al verificarsi o al mancato verificarsi di un certo evento ⁽³⁶⁾ ritenuto dalle parti come determinante per il perseguimento dell'obiettivo imprenditoriale su cui poggia l'investimento. In tale ipotesi il diritto di *exit* non sarebbe esercitabile *ad nutum*, bensì solo al ricorrere di certe condizioni cui ne è subordinato l'esercizio. L'investitore finanziario, dunque, assumerebbe, in pendenza della condizione, il rischio dell'andamento della società accettando di non essere nella condizione di esercitare la *put* atteso il possibile mancato verificarsi della condizione apposta. Egli assumerebbe, dunque, un rischio imprenditoriale essendo il proprio diritto potestativo legato ad un evento incerto.

cessiva all'ingresso del socio nella compagine sociale, l'opzionario aveva – fino alla stipula del patto – «pienamente partecipato al rischio di impresa».

⁽³³⁾ La riduzione del capitale sociale a zero eliminerebbe di fatto l'oggetto della opzione. Nell'ipotesi di fallimento, inoltre, pur considerando che di norma le opzioni di vendita sono qualificate espressamente come contratti aleatori risulterebbe di non facile coercibilità il diritto potestativo potendosi configurare in tal caso una ipotesi di *aliud pro alio*; si tratterebbe infatti di una vendita avente ad oggetto una società fallita sulla cui tenuta è legittimo poter dubitare. Non di rado, peraltro, le clausole contrattuali prevedono che il perfezionamento del trasferimento sia subordinato alla conferma che la società operi in continuità aziendale, detenga le licenze necessarie all'attività, la partecipazione sia libera da vincoli.

⁽³⁴⁾ In taluni casi, peraltro, si può convenire che parte del corrispettivo versato al socio venditore venga reinvestito nella società o posto a garanzia di eventuali minusvalenze accertate onde consentire una reintegrazione patrimoniale.

⁽³⁵⁾ Specie nel caso in cui il prezzo di vendita possa dipendere dal valore della partecipazione anche come prezzo alternativo è evidente che vi sarebbe un interesse del socio finanziario a far sì che aumenti il valore della partecipazione in quanto da ciò potrebbe dipendere l'entità del corrispettivo.

⁽³⁶⁾ Gli eventi deducibili possono essere la quotazione, la vendita a terzi dell'intero pacchetto, il perseguimento di certi risultati, il mancato verificarsi di un certo sviluppo regolamentare nel mercato di riferimento.

Si potrebbe osservare che in entrambe le ipotesi sopra delineate il termine iniziale o la condizione dovrebbero avere una portata significativa e non risolversi in una mera formalità. Non dovrebbero costituire, cioè, semplici presupposti fittizi per l'esercizio della *put* consentendo di fatto la dismissione della partecipazione in ogni caso. Ed invero, il giudizio di meritevolezza sull'aspetto complessivo, dovrebbe poggiare su elementi verosimili e ragionevoli e non, invece, su presupposti squisitamente simbolici⁽³⁷⁾.

L'interesse del socio finanziatore sarebbe, infatti, anche in tal caso, rappresentato dal progetto, dal fatto che l'accrescimento di valore del proprio pacchetto azionario è il presupposto dell'operazione, dalla tipologia di *governance* divisata (diritti di veto su scelte strategiche e partecipazione all'organo di gestione), dagli obiettivi che si intendono perseguire. In tale ipotesi non sembra potersi ipotizzare né una situazione di assoluto disinteresse in ragione della copertura assicurata dalla *put* (ad esempio prezzo iniziale più rendimento) né la assolutezza o costanza della esclusione dal rischio essendo questo presente o in termini temporali o legato ad eventi non prevedibili *ex ante* ⁽³⁸⁾.

Diversa ancora risulta l'ipotesi in cui l'*exit* perseguita a mezzo della opzione di vendita sia fondata sulla necessità di risolvere uno stallo decisionale ovvero un mutamento nell'azionariato dell'altro socio od anche un mutamento gestionale ⁽³⁹⁾. Anche qui la dismissione non avverrebbe arbitrariamente a cura del socio opzionario, bensì sarebbe legata al verificarsi di un evento determinato dalla scelta altrui ed *ex ante* concordato come ipotesi di uscita dall'azionariato ⁽⁴⁰⁾.

Ne discende che la funzione della *put* poggerebbe sulla necessità di poter garantire al socio finanziario la possibilità di dismettere la propria partecipazione a fronte di un dissidio gestionale verosimilmente legato ad

⁽³⁷⁾ Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, cit.

⁽³⁸⁾ È evidente che tali analisi postulano un esame nel merito degli accordi raggiunti dalle parti e richiedono un collegamento tra le varie clausole concordate.

⁽³⁹⁾ Si immagini l'ipotesi in cui il socio di maggioranza sia una società espressione di un certo nucleo familiare che voglia cedere il controllo del veicolo di partecipazione ovvero nel caso in cui il socio di maggioranza sia un fondo il mutamento della sgr o dell'*asset manager* preposto alla gestione.

⁽⁴⁰⁾ Nel caso di cambio di controllo del socio di maggioranza si tratterebbe in buona sostanza della necessità di monetizzare l'investimento mediante la *put* piuttosto che tramite un diritto di seguito (c.d. *tag along*) normalmente utilizzato nel caso in cui il socio di maggioranza decida di vendere la propria partecipazione e il socio di minoranza abbia diritto di alienare alle medesime condizioni, ovvero sulla base di una formula predeterminata, il proprio pacchetto.

una diversa visione imprenditoriale ⁽⁴¹⁾. L'esercizio della opzione sarebbe dunque legato a ragioni gestionali e non a finalità finanziarie e non potrebbe delineare un disinteresse del beneficiario della *put* rispetto al buon esito dell'impresa ⁽⁴²⁾. Al contrario, il socio finanziario sarebbe ben interessato a far sì che la società persegua gli utili attesi nel rispetto del piano finanziario ed industriale di norma condiviso al momento dell'ingresso nella compagine azionaria.

In considerazione di ciò non pare che la fattispecie delineata non possa configurare un interesse meritevole di tutela, attesa la necessità di rimettere alla autonomia contrattuale la scelta in ordine alle modalità di soluzione di stalli decisionali o mutamenti dell'azionariato che legittimino l'uscita dalla società su basi preconcordate convenendo il corrispettivo dovuto a fronte dell'esercizio della *put*.

Ulteriore alternativa, e forse più complessa, è il caso rappresentato dalla *put* squisitamente finanziaria che si profila allorquando, anche in assenza di diritti di *governance* o di fatto esclusione di poteri amministrativi ⁽⁴³⁾, costituisce una alternativa di *exit* riconosciuta ad un socio che non ha alcun interesse imprenditoriale od anche non intende offrire alcun contributo (finanziario, gestionale strategico) e fonda il proprio investimento esclusivamente su presupposti finanziari ⁽⁴⁴⁾.

In tal caso, secondo parte della dottrina ⁽⁴⁵⁾, l'opzione di vendita a prezzo preconcordato risulterebbe legittima qualora il suo titolare non

⁽⁴¹⁾ Tale rimedio può risultare di difficile condivisione stante il rischio dell'uso abusivo del rimedio.

⁽⁴²⁾ A ben vedere peraltro l'uscita dalla società potrebbe comportare per il socio finanziario il rischio di perdere un maggior guadagno legato al futuro andamento dell'impresa.

⁽⁴³⁾ ABRIANI, *op. cit.*, p. 77; BARCELLONA, *op. cit.*, p. 6; MINERVINI, *op. cit.*, p. 779; SORACE, *op. cit.*, p. 94; DELFINI, *op. cit.*, p. 745.

⁽⁴⁴⁾ Secondo MINERVINI, *op. cit.*, p. 778, la natura finanziaria dell'operazione poggia sul presupposto che il socio sia totalmente escluso dal rischio di impresa e «remunerato con un interesse *ad tempus*». Sicché, è possibile ritenere che il patto di opzione non violi «la normativa di divieto di patto di esclusione del socio dagli utili e/o dalle perdite, se sia esclusa del pari la sua partecipazione alla formazione della volontà sociale (...)».

⁽⁴⁵⁾ Tale orientamento dottrinale poggia sull'assunto che la *ratio* del divieto di patto leonino sarebbe posta a presidio della responsabile amministrazione della società; ragion per cui non sarebbe possibile scindere la titolarità del potere sulla società dalla sopportazione del rischio. Invero, se fosse lecito esonerare un socio dall'incidenza delle perdite, costui potrebbe essere indotto a perseguire operazioni avventate o rischiose per i soci esposti alle perdite, a maggior ragione laddove esonerato dalle perdite fosse il socio in grado determinare l'indirizzo strategico della società (*i.e.* il titolare di una partecipazione di controllo). Ciò posto, è possibile «sostenere che la limitazione dei poteri gestori legittimerebbe una sua sia parziale deresponsabilizzazione», così SANTAGATA, *Partecipazioni in Srl a scopo di finanzia-*

avesse diritti amministrativi fosse cioè escluso dalla gestione della società ed assumesse, pertanto, un ruolo passivo sotto il profilo imprenditoriale. Non si verificherebbe, dunque, secondo tale interpretazione la situazione censurata dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui il socio non avrebbe interesse a concorrere alla gestione sociale, attesa la protezione assicurata dalla *put* proprio perché quest'ultima non rientra nelle finalità dell'opzionario ed i diritti amministrativi non gli sono riconosciuti.

In altre circostanze ⁽⁴⁶⁾ si è ritenuto che la fattispecie non potrebbe violare la *ratio* dell'art. 2265 c.c. in ragione dello scopo istituzionale perseguito dal socio finanziario ⁽⁴⁷⁾. La funzione assoluta sarebbe, infatti, proprio quella di erogare un finanziamento e la *put* opererebbe quale rimedio utilizzabile dall'opzionario al fine di ottenere il rimborso dell'importo versato ⁽⁴⁸⁾.

mento e divieto di patto leonino, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 753. Così, Trib. Cagliari, 3 aprile 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 747, con nota di SANTAGATA, *cit.*, afferma che il «divieto di patto leonino deve essere valutato in senso sostanziale, quindi con riferimento all'effettiva lesione del principio a tutela del quale è posto. Pertanto, attese la *ratio*, consistente nello scopo di evitare una dissociazione tra rischio sociale e potere di gestione, la nullità degli accordi parasociali per violazione dell'art. 2265 c.c. non sussiste nell'ipotesi in cui all'esonero dalla partecipazione alle perdite corrisponde la sostanziale esclusione del socio esonerato dalla gestione della società (...) Se infatti al socio fossero attribuiti poteri di gestione egli sarebbe in permanente conflitto di interessi con gli altri soci, in quanto preferirebbe agli affari avveduti quelli che, pur in astratto vantaggiosi, offrono le maggiori probabilità di perdite, che egli in ogni caso non sopporterebbe. Nel caso di specie emerge dagli atti che l. non ha partecipato alla gestione della società, essendo incontestato che la sua partecipazione al capitale della Islando Marble s.r.l., oltretutto limitata al 12,5%, è avvenuta esclusivamente a scopo di finanziamento». Si vedano altresì i rilievi di ABRIANI, *op. cit.*, p. 77; MINERVINI, *op. cit.*, p. 779; e OPPO, *op. cit.*, p. 527.

⁽⁴⁶⁾ Trib. Cagliari, 19 giugno 2000, *cit.*, afferma il seguente principio di diritto: «Il patto tra soci che prevede la possibilità per una società finanziaria di cedere ai restanti soci la propria partecipazione al medesimo prezzo da essa corrisposto al momento dell'ingresso nella compagine sociale deve essere qualificato come patto di opzione perfettamente lecito. In particolare il patto di opzione non può essere considerato in contrasto con il divieto del c.d. patto leonino».

⁽⁴⁷⁾ Trib. Cagliari, 3 aprile 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 747, con nota di SANTAGATA, *op. cit.*, che reputa decisiva la finalità istituzionale – e non meramente speculativa – perseguita dall'opzionario per escludere interferenze col patto leonino. Invero, il giudice di merito ritiene opportuno evidenziare che l'opzionario SFI era «una società finanziaria regionale che acquisisce e dismette partecipazioni societarie nell'ambito della sua attività istituzionale». Cfr. PREITE, *Investitori istituzionali e riforma del diritto delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 492 ss.; DE NOVA, *Il diritto di recesso del socio di società per azioni come opzione di vendita*, in *Riv. dir. priv.* 2004, p. 329 ss.

⁽⁴⁸⁾ In tale caso il corrispettivo dovuto sarebbe pari all'importo versato oltre al rendimento ed escluderebbe ogni ulteriore ammontare riconoscibile per esempio in caso di aumento di valore della partecipazione. La scelta sarebbe dettata dalla esigenza di recupe-

Le caratteristiche che presenta quest'ultima ipotesi consentono invero di rilevare, in assenza di giustificazioni istituzionali legate allo scopo perseguito dal socio finanziatore, taluni profili di incertezza con riguardo ai criteri delineati dalla decisione in commento. Benché la Corte di Cassazione abbia sottolineato la funzione meritoria del reperimento di capitali anche attraverso l'investimento in partecipazioni e la natura mista del finanziamento partecipativo, non v'è dubbio che l'acquisizione di un pacchetto azionario svincolata da ogni interesse sociale che attribuisce un diritto di *exit ad nutum* esercitabile in ogni momento a condizioni economiche che manlevano l'opzionario da ogni costo sostenuto oltre al rendimento del denaro pattuito proteggendolo dal rischio delle perdite potrebbe quantomeno sollevare taluni dubbi in ordine alla possibile violazione indiretta del precetto di cui all'art. 2265 c.c. ⁽⁴⁹⁾.

5. – L'assetto normativo introdotto con la riforma del diritto societario, gli orientamenti dei vari consigli notarili ⁽⁵⁰⁾, lo sviluppo della prassi, la prospettiva di una tutela reale a fronte di quella meramente obbligatoria,

rare soltanto quanto pattuito a titolo di rimborso a prescindere cioè dall'esito della iniziativa imprenditoriale.

⁽⁴⁹⁾ Ciò ovviamente aderendo alla tesi secondo cui l'accordo previsto in un patto parasociale di per sé non escluderebbe la applicabilità del divieto del patto leonino, come sembra del resto confermare la decisione in commento, in assenza di ulteriori indici idonei a giustificare la meritevolezza dello scopo perseguito dall'accordo.

⁽⁵⁰⁾ I limiti che la giurisprudenza pone al ricorso dell'opzione di vendita induce a considerare strade alternative per ottenere il disinvestimento, prima fra tutte quella del recesso. Come osservato da MARTINEZ, *Diritto di recesso*, in *La tutela delle minoranze nella s.r.l.*, p. 253: «il diritto di recedere dalla società, mentre ante riforma si presentava come una fattispecie giuridica di diritto societario di portata del tutto eccezionale e residuale, oggi – a seguito dell'intervento riformatore del legislatore del 2003 – appare uno strumento utilizzabile sotto forma di prerogativa del socio ad uscire in maniera più agevole dalla società, allorquando ne ricorrano le opzioni». Sulle ipotesi di *exit* volontario o forzato si vedano Massima n. 74 della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Cause convenzionali di recesso (artt. 2437 e 2473 c.c.)*, che ha legittimato l'inserzione nell'atto costitutivo di s.r.l. e nello statuto di s.p.a. di cause convenzionali di recesso ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge; Mass., n. 67/2018 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze Pistoia e Prato, *Azioni riscattande, prezzo di vendita e patto leonino*, che ha riconosciuto la possibilità di prevedere all'interno dello statuto delle società per azioni categorie di azioni incorporanti il diritto ad ottenere il loro acquisto da parte di altri soggetti; Massima I.H.19 del Comitato Interregionale Dei Consigli Notarili Delle Tre Venezie, *Legittimità della clausola di esclusione del socio che sia una società legata alla modifica non autorizzata della sua compagine sociale*, secondo la quale «si reputa legittima come giusta causa di esclusione del socio ex art. 2473 bis c.c. quella in forza della quale un socio possa essere escluso dalla società qualora il medesimo sia a sua volta una società e, senza il consenso dei restanti soci della partecipata, muti per qualsiasi causa la propria compagine sociale, anche in esito a operazioni di scissione o fusione (c.d. *changing control*)».

nonché la prospettiva di non avere limiti di natura temporale hanno sicuramente favorito l'inserimento all'interno degli statuti di clausole che in precedenza venivano previste, forse anche per ragioni di riservatezza, nei patti parasociali ⁽⁵¹⁾.

Si assiste, pertanto, ad un progressivo ampliamento della portata delle clausole statutarie che hanno ad oggetto sempre più spesso le restrizioni al trasferimento delle partecipazioni, il regime di *governance*, i diritti di seguito (c.d. *tag along*) e di trascinarsi (c.d. *drag along*), ed anche i casi di *exit*.

Si può, peraltro, riscontrare come questi ultimi possano trovare il loro fondamento in ipotesi di recesso, in azioni riscattabili, ovvero in diritti di opzione previsti da clausole statutarie ⁽⁵²⁾.

Le fattispecie disciplinate dagli articoli 2437 e 2437 *sexies* c.c. testimoniano come vi sia un orientamento normativo che giustifica l'investimento temporaneo nel capitale sociale a fronte del verificarsi di taluni eventi che consentono di esercitare un diritto potestativo per ottenere, a seconda dei casi, la dismissione (nel caso di recesso) o l'acquisto (nel caso di azioni riscattabili) di una partecipazione ⁽⁵³⁾. La principale differenza rispetto alla struttura della *put* a prezzo concordato risiede nel fatto che, nel caso del recesso, il socio o i soci hanno la possibilità ma non l'obbligo, giusta il disposto dell'art. 2437 *quater* c.c. ⁽⁵⁴⁾, di acquistare le azioni

⁽⁵¹⁾ Massima n. 67/2018 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Azioni riscattande, prezzo di vendita e patto leonino*; si veda anche sul punto SALAFIA, *Statuti e riforma societaria: organizzazione, rapporti fra i soci, attività sociale, patti parasociali*, in *Società*, 10, 2015; AGOPYAN, CARUSO, CHIAIS, *La regolamentazione dei rapporti tra investitori istituzionali e imprenditori negli statuti delle società per azioni in Quaderni sull'Investimento di Capitale di Rischio*, AIFI, 7, 2017.

⁽⁵²⁾ Nel caso di acquisizioni di pacchetti azionari di minoranza, infatti, viene sempre più frequentemente utilizzato lo statuto quale documento finalizzato a contenere le protezioni di governance riconosciute al socio investitore nonché le ipotesi di *exit*.

⁽⁵³⁾ CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Milano, 1995; VITALI, *Le azioni riscattabili*, Milano, 2013; VITALI, *Classes of Shares and Shares Redemption in Italian and UK Company Law: the Peculiar Case of Redeemable Shares*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2006, 10.2, (<http://www.ejcl.org>); SANTAGATA, *Dei patti di retrocessione a prezzo garantito alle azioni "redimibili" (una rilettura del divieto del patto leonino nella S.p.A. riformata)*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 537 ss.; PARODI, *L'uscita programmata dal contratto*, Milano, 2005.

⁽⁵⁴⁾ MALTONI, *La clausola di mero gradimento "all'italiana"*, in *Riv. not.*, 2004, p. 1380, commentando l'art. 2437 *quater* osserva che «si riconosce un diritto dei soci ad acquistare le azioni del recedente alla stregua di quanto previsto in caso di aumento del capitale sociale a pagamento con emissione di nuove azioni, e quindi con piena identità di ratio rispetto a quest'ultima ipotesi: vale a dire con l'intento di consentire la conservazione del rapporto proporzionale della partecipazione complessiva di ogni socio rispetto all'intero». Sulla di-

oggetto di recesso. Ove ciò non avvenga sarà la società a doversi far carico di tale obbligo nei limiti delle riserve distribuibili; nel caso delle azioni riscattabili, viceversa, il titolare del diritto potestativo è la società o altro socio cui è di fatto consentito di rilevare, alle condizioni prefissate, le azioni oggetto di riscatto. Ne discende che in tale ultima ipotesi l'*exit* è imposta al titolare delle azioni riscattate e non è frutto di una sua scelta⁽⁵⁵⁾.

Nel caso del diritto di recesso l'art. 2437, comma 4, c.c. riserva un ampio ambito alla autonomia contrattuale nell'individuare delle ipotesi pattizie a fronte delle quali il socio è legittimato a smobilizzare la propria partecipazione, parzialmente o integralmente⁽⁵⁶⁾. Lo statuto, dunque, può ben identificare degli eventi al verificarsi dei quali il socio legittimato (ad esempio il portatore di titoli di una determinata categoria di azioni) è nella condizione di esercitare il diritto di recesso cagionando la liquidazione della propria partecipazione.

Ovviamente, come dianzi indicato, il limite fissato dall'art. 2437 *quater* c.c. costituisce un presidio a tutela dei creditori sociali, da un lato, e, dall'altro, impone, in presenza di tale clausola statutaria, di preservare un determinato profilo patrimoniale per evitare conseguenze pregiudizievoli per l'andamento della società.

Inoltre, il disposto dell'art. 2437 *ter*, comma 4, c.c. postula il riconoscimento di una significativa autonomia negoziale nel determinare il corrispettivo dovuto in caso di recesso⁽⁵⁷⁾. Circostanza che, di fatto, potrebbe

sciplina del recesso si veda, su tutti, VENTORUZZO, "Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali", Milano, 2012.

⁽⁵⁵⁾ È anche ipotizzabile, come indicato di seguito nel testo, una figura di riscatto che attribuisce ad un socio il diritto di alienare le azioni.

⁽⁵⁶⁾ Si vedano, *ex multis*, GRANELLI, *Il recesso dalle società lucrative di capitali a dieci anni dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2013, 5, I, p. 860 ss.; DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, *Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, 2007, III, p. 230 ss.; CALIFANO, *Il recesso nelle società di capitali*, 2010, p. 150 ss.; STELLA RICHTER, *Diritto di recesso ed autonomia Statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 391 ss.; TOFFOLETTO, *L'Autonomia privata ed i suoi limiti nel recesso convenzionale del socio di società di capitali*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2004, p. 370 ss.; STANGHELLINI, *I limiti statuari alla circolazione delle azioni*, Milano, 1997; SALVATORE, *La riforma del diritto societario: il «nuovo» diritto di recesso nelle società di capitali*, in *questa rivista*, 2003, p. 629 ss.; SALAFIA, *Squeeze out statutario*, in *Società*, 2007, XII, p. 1450 ss.

⁽⁵⁷⁾ Secondo la citata Mass. n. 74 della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, nel caso di esercizio del diritto di recesso previsto da fonte statutaria, è la determinazione del valore di liquidazione della partecipazione può essere stabilita «anche in totale deroga rispetto ai criteri di liquidazione fissati dalla legge per le cause legali di recesso».

consentire di perseguire il medesimo ristoro patrimoniale fissato normalmente nel caso della opzione di vendita a prezzo preconcordato.

Una configurazione come quella dianzi indicata sembra rispettare i canoni fissati dalla giurisprudenza. A prescindere dal valore assorbente delle considerazioni legate al più ampio progetto ed alle finalità perseguite attraverso l'intervento del socio finanziatore che ovviamente sarebbero comunque applicabili ⁽⁵⁸⁾, vi è da notare che il legittimo uso di un diritto di recesso legato ad un evento futuro (ad esempio il mancato raggiungimento di un determinato risultato economico ovvero la mancata quotazione) dovrebbe ben giustificare l'*exit* effettuato secondo le condizioni previste in statuto e condivise dai soci attraverso la delibera assembleare che ha introdotto tale previsione. In questa ipotesi, inoltre, non ricorrebbe la caratteristica della costanza rispetto all'assenza di rischio, essendo verosimilmente l'evento dedotto futuro ed incerto, analogamente alla condizione cui può essere subordinata l'efficacia o l'esercizio della opzione di vendita.

Inoltre, il socio titolare del diritto di *exit* avrebbe in questo caso uno specifico interesse al buon andamento della società, essendo il recesso attivato nei confronti della società stessa e potendo essere quest'ultima il soggetto tenuto a soddisfare l'obbligo economico derivante dall'esercizio del diritto potestativo nei limiti patrimoniali previsti per legge. Risulterebbe, cioè, insito nello stesso meccanismo prescelto l'interesse del socio finanziario a far sì che la società si trovi nella condizione di poter corrispondere gli importi dovuti all'esito dell'esercizio del recesso.

Una diversa fattispecie si presenta nella prassi qualora lo statuto preveda a favore di un socio il diritto di alienare le proprie azioni ad uno ovvero ad altri soci od anche alla società ⁽⁵⁹⁾. Si potrebbe configurare, cioè, un caso di azione riscattanda che attribuisce al suo titolare un diritto potestativo esercitabile in presenza di talune circostanze ⁽⁶⁰⁾. Anche in

VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 199 ss.; RORDORE, *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003, p. 923 ss.

⁽⁵⁸⁾ L'analisi dovrebbe tener conto, pertanto, del complessivo assetto concordato in sede di contratto di investimento per effetto del quale si procede ad acquisire la partecipazione. Da tale documento o da eventuali documenti accessori dovrebbero emergere gli scopi dell'operazione, la volontà di prevedere tutele di *governance* per la gestione e sociale, nonché l'impegno a modificare il testo dello statuto per delineare la clausola di *exit* e le eventuali ulteriori protezioni previste per consentire la dismissione della partecipazione.

⁽⁵⁹⁾ Mass., n. 67/2018 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Azioni riscattande, prezzo di vendita e patto leonino*.

⁽⁶⁰⁾ Massima n. 67/2018 dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile

questa ipotesi opererebbe, nel caso in cui il diritto fosse esercitato nei confronti della società, il limite di cui all'art. 2437 *quater* c.c. e ciò a presidio della sua integrità patrimoniale; tale circostanza, come indicato dianzi, potrebbe altresì giustificare l'interesse del titolare del diritto a far sì che la società persegua un positivo risultato economico. Peraltro, ove un socio si trovasse o più soci si trovassero nella situazione di soggezione si verificherebbe una situazione analoga a quella di una opzione di vendita a prezzo preconcordato con la differenza che la fonte del diritto sarebbe una clausola statutaria. Anche in siffatta ipotesi la clausola dovrebbe rispettare i requisiti di legittimità in presenza di condizioni di esercizio che siano collegati al verificarsi (ovvero al mancato verificarsi) di eventi futuri ed incerto ovvero allo spirare di un certo termine.

6. – L'analisi della decisione della Corte di Cassazione e le considerazioni dianzi indicate consentono di formulare talune riflessioni.

In primo luogo, la decisione in commento si segnala per un più ampio percorso interpretativo che, muovendo dalla causa concreta del negozio di acquisizione partecipativa, si caratterizza per aver valorizzato il ruolo svolto dal socio finanziario delineando una netta separazione tra le normali dinamiche del rapporto associativo e la traslazione del rischio pattiziamente concordata tra soci. Si assiste, dunque, ad un esame della fattispecie che prende in considerazione i molteplici aspetti della vicenda negoziale per promuovere una ricostruzione finalizzata ad enucleare i concreti motivi che sottendono all'accordo e le effettive finalità perseguite dalle parti. Ciò al fine di poter delineare un *iter* metodologico che consenta di esprimere un giudizio di meritevolezza con riguardo alla fattispecie presa in esame ⁽⁶¹⁾.

dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, cit. Cfr. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *questa rivista*, 1986, p. 766 ss.; PORTALE, *Azioni con prestazioni accessorie e clausole di riscatto*, in *Riv. soc.*, 1982, p. 763 ss.; PRESTI, *Le clausole di riscatto nelle società per azioni*, nota a Trib. Milano 17 aprile 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 397 ss.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, cit.: «La nozione di “causa concreta” è stata diffusamente esposta e condivisa da questa Corte (sin da Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, e poi da molte altre successive: es. Cass., 7 maggio 2014, n. 9846, in tema di patto parasociale finalizzato al risanamento aziendale). Grazie alla “causa concreta”, che attiene agli interessi perseguiti considerati nella loro oggettività, è possibile, pertanto, operare la qualificazione del contratto, utilizzare il criterio d'interpretazione e quello di adeguamento per il regime delle nullità totali o parziali, nonché valutare la meritevolezza dell'operazione alla stregua dell'articolo 1322 c.c., comma 2. Questa impostazione, inoltre, appare la più adatta ad individuare la giustificazione causale proprio nei contratti complessi, nei negozi indiretti e nei collegamenti negoziali – di cui pure si è parlato con riguardo alla figura dell'opzione in esame – oltre che nei negozi astratti: ove, in definitiva, occorre valutare il risultato pratico

In secondo luogo, l'analisi di talune clausole contrattuali consente di applicare il criterio di cui sopra verificando la sussistenza dei requisiti di assolutezza, escludendone la sussistenza ogni volta che l'esercizio del diritto potestativo sia legato al decorso di un termine o al verificarsi (o al mancato verificarsi) di determinati eventi ⁽⁶²⁾. In tal prospettiva è utile l'analisi dei vari accordi che caratterizzano il contratto di investimento al fine di verificare se i presidi di *governance* siano concordati per poter perseguire un comune progetto imprenditoriale anche a tutela della posizione del socio finanziario che ha uno specifico interesse al buon esito dell'impresa ancorché abbia già determinato che la sua partecipazione sarà temporanea.

Infine, il progressivo sviluppo delle tecniche statutarie lascia emergere la tendenza a prevedere non più in convenzioni parasociali le clausole di *exit*, facendo ricorso allo schema del recesso ovvero dell'azione riscattanda. In entrambi i casi (ove il soggetto obbligato risulti la società) denotando uno specifico interesse a far sì che l'andamento imprenditoriale e lo stato patrimoniale abbiano un andamento positivo al fine di potersi assicurare il corrispettivo pattuito.

Le considerazioni che precedono consentono, pertanto, di poter citare ancora una volta il pensiero di Minervini che chiudendo il proprio saggio rilevava come «L'indagine volta all'esatta individuazione della *ratio* del divieto del patto leonino è quindi non solo intellettualmente stimolante, ma anche feconda di conseguenze pratiche» ⁽⁶³⁾.

dell'operazione posta in essere, ossia l'esistenza di un interesse, pur sempre obiettivo, che l'atto è destinato a raggiungere e per il quale le parti, ed in particolare il disponente, si siano determinate a compierlo».

⁽⁶²⁾ Per approfondimenti, v. *supra* nt. 13 e 32.

⁽⁶³⁾ MINERVINI, *op. cit.*, p. 779.

ALESSANDRO PEPE

Pratiche commerciali scorrette e tutela dei diritti dei passeggeri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'intervento del legislatore eurounitario nel settore dei trasporti: la tutela dei diritti dei passeggeri. – 3. Gli interventi dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette connesse alla disciplina dettata a tutela dei diritti dei passeggeri. – 4. Le possibili interazioni tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e i regolamenti a tutela dei diritti dei passeggeri, anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. (*Segue*). La disciplina a tutela dei passeggeri quale parametro di valutazione in termini di scorrettezza delle condotte tenute dal vettore-professionista. – 6. (*Segue*). Il rapporto di reciproca integrazione tra la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e quella dettata a tutela dei diritti dei passeggeri. – 7. (*Segue*). La normativa di settore quale parametro di determinazione della «diligenza professionale» anche in relazione a categorie di soggetti non ricomprese nel suo ambito di applicazione. – 8. Il criterio di riparto della competenza sanzionatoria tra AGCM e Organismi di controllo. – 9. Il protocollo d'intesa tra AGCM e Autorità di regolazione per i trasporti. Alcune considerazioni conclusive.

1. – La normativa sulle pratiche commerciali scorrette si connota per la particolare ampiezza del proprio raggio d'azione, non confinato all'interno di un predeterminato mercato di beni o servizi ⁽¹⁾.

(1) Tra i commenti alla disciplina introdotta dalla dir. 2005/29/CE dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno (in GUUE, L 149, 11 giugno 2005, p. 22 ss.), v., tra gli altri, i contributi pubblicati in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, Milano, 2007, nonché in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007. Sulla disciplina nazionale di recepimento della normativa europea, v. senza pretesa di esaustività, *Diritto dei consumatori*, a cura di Alpa e Catricalà, Bologna, 2016, p. 195 ss.; BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016; ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, LXII, Padova, 2012, p. 81 ss.; ANGELINI, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 327 ss.; ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Studi in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, p. 573 ss.; ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 685 ss.; GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 776; nonché i contributi pubblicati in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi*

In quanto disciplina di carattere orizzontale, essa trova applicazione trasversale alla generalità dei settori economici, ogniqualvolta venga in rilievo una condotta collegata ad un'operazione commerciale che veda, anche solo potenzialmente, come controparti contrattuali professionisti e consumatori ⁽²⁾. Nell'ambito dell'ordinamento italiano, tale sfera di operatività è stata peraltro ulteriormente ampliata con l'estensione della tutela contro le pratiche commerciali scorrette anche ai rapporti tra professionisti e microimprese ⁽³⁾.

La richiamata disciplina (così come il relativo apparato sanzionatorio posto a presidio dell'effettività del divieto di pratiche commerciali scorrette) ⁽⁴⁾ trova quindi generalizzata applicazione anche ai settori c.d. regolamentati, cui non fa senz'altro eccezione il comparto dei trasporti, settore economico rispetto al quale il legislatore eurounitario ha da sempre manifestato particolare attenzione, in ragione dell'innegabile rilevanza strategica che lo stesso ha per l'integrazione e lo sviluppo del mercato comune (con particolare riferimento alla realizzazione delle stesse libertà fondamentali di circolazione delle merci e delle persone all'interno dei confini dell'Unione).

La trasversalità caratterizzante l'ambito di operatività della normativa sulle pratiche commerciali scorrette dà indubbiamente luogo a complessi e delicati quesiti interpretativi, per lo più riconnessi all'esigenza di operare il necessario coordinamento tra la disciplina in parola e quella dettata in

nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007), a cura di De Cristofaro, Torino, 2008, e in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di Genovese, Padova, 2008.

⁽²⁾ Cfr. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d'impresa*, in *La responsabilità d'impresa*, a cura di Alpa e Conte, Milano, 2015, p. 258 ss.

⁽³⁾ Cfr. l'art. 7 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (*Suppl. Ordinario* n. 18 alla GU n. 19 del 24 gennaio 2012), conv. con mod. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività» (*Suppl. Ordinario* n. 53 alla GU n. 71 del 24 marzo 2012). In argomento, v. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, p. 3 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. art. 27 c. cons.

Al fine di garantire l'effettività del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette da parte dei professionisti, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono attribuiti non soltanto poteri istruttori, volti all'accertamento dell'avvenuta violazione del divieto di cui all'art. 20, comma 1, c. cons., ma altresì poteri inibitori, tesi ad impedire una reiterazione della pratica commerciale scorretta o la sua diffusione, qualora la stessa non sia stata ancora portata a conoscenza del pubblico, ed infine poteri sanzionatori, attraverso la previsione della possibilità di irrogare, nei confronti del professionista che si sia reso responsabile della violazione, una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di cinquemila euro ad un massimo di cinque milioni di euro. Cfr. in argomento *Diritto dei consumatori*, a cura di Alpa e Catricalà, cit., p. 207 ss.

relazione allo specifico settore economico di volta in volta considerato, al fine di accertarne e, al contempo, chiarirne le potenziali e reciproche interazioni, sciogliendo altresì l'eventuale conflitto di competenza tra AGCM e singole Autorità di settore chiamate a vigilare sul rispetto della disciplina settoriale⁽⁵⁾.

A tal proposito, deve rilevarsi come un problema di rapporto e di possibile interferenza tra la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e la disciplina speciale di settore si ponga anche in relazione al comparto economico qui preso in esame, in maniera analoga a quanto avviene ad es. nei settori delle comunicazioni o dell'energia.

In questa prospettiva, considerata la scarsità di studi volti ad indagare i rapporti intercorrenti tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e la normativa eurounitaria adottata a tutela dei diritti dei passeggeri, con il presente contributo ci si propone di mettere in luce le specifiche peculiarità che connotano il settore dei trasporti con riguardo alla suaccennata problematica, evidenziando la reciproca interazione esistente tra le richiamate normative, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha fornito indicazioni che si rivelano a tal fine di importanza cruciale, soprattutto nella recentissima sentenza del 13 settembre 2018, *AGCM c. Wind Tre spa e Vodafone Italia spa* (6).

2. – A livello sovranazionale, il legislatore europeo è intervenuto a disciplinare i diversi comparti nei quali si articola il settore dei trasporti, mirando in un primo momento alla graduale apertura dei mercati alle regole concorrenziali (7) e in un secondo momento a regolamentare i

(5) Cfr., da ultimo sul tema, BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, p. 926 ss.

(6) Corte UE, 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17, *AGCM c. Wind Tre spa e Vodafone Italia spa*.

Prima della citata pronuncia, la Corte di giustizia aveva già affrontato, sebbene non in via generale e risolutiva, la problematica relativa al coordinamento tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le discipline settoriali di derivazione eurounitaria, cfr. Corte UE, 16 luglio 2015, cause riunite C_544/13 e C_545/13, *Abcur c. Apoteket Farmaci*; Corte UE, 7 luglio 2016, causa C_476/14, *Citroën Commerce c. ZLW*; Corte UE, 25 luglio 2018, causa C_632/16, *Dyson c. BSH Home Appliances*.

(7) Cfr. ADAM e TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Torino, 2017, p. 585 ss.; ZUNARELLI e COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, Padova, 2016, p. 11 ss.; MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Dir. trasp.*, 2013, p. 81 ss.; IANNUCELLI, *L'applicazione delle regole di concorrenza ai c.d. "settori speciali"*, in *Disciplina della concorrenza nella UE*, a cura di Frignani e Bariatti, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, LXIV,

medesimi mercati, soprattutto al fine di correggere le distorsioni prodotte dalla libera concorrenza, sì da garantire uno *standard* minimo e uniforme di qualità del servizio ed assicurare un adeguato livello di tutela dei passeggeri ⁽⁸⁾.

Nel perseguire tale ambizioso progetto, mediante un approccio di carattere prettamente settoriale, sono stati progressivamente adottati una pluralità di provvedimenti normativi e, tra questi, in particolare una serie di regolamenti espressamente dedicati alla disciplina dei diritti dei passeggeri nelle diverse tipologie di trasporto (aereo, ferroviario, navale e per autobus).

Attraverso la costruzione di tale *corpus* normativo, il legislatore eurounitario ha inteso disciplinare l'offerta dei servizi di trasporto e l'accesso ai medesimi da parte dei cittadini dell'Unione europea (anche portatori di disabilità o a mobilità ridotta), andando in tal modo a conformare, per ciascuna modalità di trasporto, taluni aspetti del contenuto tipico del contratto concluso tra passeggero e vettore.

In tal senso, sono state così disciplinate le modalità di vendita dei biglietti e previsti obblighi informativi a carico delle imprese di trasporto non solo nella fase precontrattuale, ma anche successivamente alla conclusione del contratto, nell'ipotesi in cui, in particolare, si verifichi un disservizio che impedisca l'esatto adempimento della prestazione di trasferimento. Ipotesi quest'ultime alle quali si riconnettono altresì quegli obblighi che, andando ad integrare il contenuto del diviso assetto contrattuale,

Padova, 2012, p. 894 ss.; CASANOVA e BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, I, *Infrastrutture e accesso al mercato*, Milano, 2011, p. 231 ss.; ZUNARELLI, *La regolazione dei mercati del trasporto: il ruolo delle istituzioni comunitarie*, in *Il diritto del mercato del trasporto*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XLIX, Padova, 2008, p. 1 ss.; GALETTA, *La politica comunitaria dei trasporti*, in *Quaderni Riv. giur. circ. trasp.*, 2002, p. 54 ss.; MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1990, p. 211 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. D'ACUNTO, *Unione europea e diritti dei passeggeri: bilancio e prospettive*, in *Dir. comun. e scambi internaz.*, 2013, p. 239 ss. e 541 ss.; BRIGNARDELLO, *I diritti dei passeggeri nel trasporto marittimo e nelle altre modalità: uniformità e differenze*, in *Dir. mar.*, 2012, p. 786 ss.; KARSTEN, *Passengers, consumers, and travellers: The rise of passenger rights in EC transport law and its repercussions for Community consumer law and policy*, in *J. Consum. Policy*, 2007, p. 117 ss.; nonché TONNER, *Deregulation of Transport Utilities and Re-Regulation by "Passengers' Rights" in the European Union*, in *Dir. e politiche UE*, 2007, p. 138 ss.

V. altresì il Libro bianco del 2001, «La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte», COM(2001) 370 def.; la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 26 giugno 2006, «Mantenere l'Europa in movimento – una mobilità sostenibile per il nostro continente. Riesame intermedio del Libro bianco sui trasporti pubblicato nel 2001 dalla Commissione europea», COM(2006) 314 def., nonché la Comunicazione del 19 dicembre 2011, «Una visione europea per i passeggeri: Comunicazione sui diritti dei passeggeri in tutti i modi di trasporto», COM(2011) 898 def.

perseguono l'obiettivo ultimo di ridurre, per quanto possibile, i disagi patiti dai passeggeri nel caso di inadempimento della prestazione principale.

Tra i citati regolamenti, ai fini del discorso che qui interessa, meritano esplicita menzione, con riguardo al trasporto aereo: il reg. CE n. 1008/2008 recante norme comuni per la prestazione dei servizi aerei, il cui art. 23 pone a carico dei vettori uno specifico obbligo informativo in merito alla pubblicizzazione delle tariffe aeree ⁽⁹⁾; il reg. CE n. 2111/2005 relativo, tra l'altro, alle informazioni da fornire ai passeggeri in merito all'identità del vettore aereo c.d. operativo ⁽¹⁰⁾; nonché il reg. CE n. 261/2004, il quale disciplina gli obblighi informativi e di carattere materiale che sorgono in capo alle compagnie aeree nelle ipotesi di negato imbarco, ritardo prolungato e cancellazione del volo ⁽¹¹⁾ e il reg. CE n. 1107/

⁽⁹⁾ Reg. CE n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008 «recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (rifusione)», in GUUE, L 293, 31 ottobre 2008. In argomento, v. FRIEDMANN, *Price Transparency Requirements of the EC Air Services Regulation 2008*, in *Air and Space Law*, p. 71 ss.

⁽¹⁰⁾ Reg. CE n. 2111/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2005 «relativo all'istituzione di un elenco comunitario di vettori aerei soggetti a un divieto operativo all'interno della Comunità e alle informazioni da fornire ai passeggeri del trasporto aereo sull'identità del vettore aereo effettivo e che abroga l'art. 9 dir. 2004/36/CE», in GUUE, L 344, 27 dicembre 2005. Per un'analisi v. FRANCHI, *Regolamento CE 2111/2005: più informazioni agli utenti del trasporto aereo*, in *Il diritto aeronautico fra ricodificazione e disciplina comunitaria*, a cura di Franchi e Vernizzi, Milano 2007, p. 111 ss.

⁽¹¹⁾ Reg. CE n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 «che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il reg. CEE n. 295/91», in GUUE, L 46, 17 febbraio 2004.

Per un'analisi dettagliata della citata disciplina v., per tutti, ROSAFIO, *Il negato imbarco, la cancellazione del volo e il ritardo nel trasporto aereo di persone*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 469; *Studi su: negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, a cura di Deiana, Cagliari, 2005; BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato. Normativa vigente e prospettive di riforma*, Torino, 2013; nonché da ultimo ANCIS, *Informazione e assistenza del passeggero nel trasporto aereo*, Napoli, 2017; sia infine consentito il rinvio a PEPE, *Inadempimento e compensazione pecuniaria nel trasporto aereo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1639 ss.

Entrato in vigore il 17 febbraio 2005, il citato regolamento è attualmente in fase di revisione da parte delle Istituzioni europee. Cfr. la proposta di reg. 13 marzo 2013, COM(2013) 130 def., che modifica il reg. CE n. 261/2004, nonché il reg. CE n. 2027/97 sulla responsabilità del vettore aereo in merito al trasporto di passeggeri e dei loro bagagli. Il Parlamento europeo ha apportato emendamenti di particolare rilievo al testo della proposta della Commissione [cfr. ris. Parlamento europeo del 5 febbraio 2014, COM(2013)0130 – C7-0066/2013 – 2013/0072(COD)], che allo stato risulta tuttavia ancora al vaglio del Consiglio, in proposito v. PEPE, *Mancata o inesatta esecuzione del trasporto aereo e tutela dei passeggeri: attualità e prospettive tra interventi della Corte di giustizia e futura revisione del Reg. CE n. 261/2004*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, p. 1248 ss.

2006, relativo ai diritti dei passeggeri aerei con disabilità e a mobilità ridotta ⁽¹²⁾.

In relazione al trasporto per ferrovia viene in rilievo il reg. CE n. 1371/2007, il quale, tra le altre misure, prevede anche esso a carico delle imprese una serie di obblighi informativi, nonché obblighi specifici in caso di ritardo, di perdita di coincidenze o di soppressione del servizio ferroviario ⁽¹³⁾.

Analoghe previsioni sono inoltre contenute nel reg. UE n. 1177/2010 con riguardo al trasporto navale ⁽¹⁴⁾ e nel reg. UE n. 181/2011 relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via autobus ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Reg. CE n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 «relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo», in GUUE, L 204, 26 luglio 2006. Il citato regolamento è divenuto applicabile nella sua interezza a decorrere dal 26 luglio 2008, mentre gli artt. 3 (divieto di rifiutare il trasporto) e 4 (deroghe, condizioni speciali e informazioni) hanno trovato applicazione già a far data dal 26 luglio 2007. In argomento, tra gli altri, CARNIMEO, *La tutela del passeggero nell'era dei vettori low cost*, Bari, 2012, p. 116 ss.; CHAPIER GRANIER, *La protection des passagers aériens handicapés ou à mobilité réduite*, in *European J. of Consumer Law*, 2012, p. 677 ss.; VIEGAS, *Passengers with Reduced Mobility in the European Union: Legal Issues Regulation (EC) No. 1107/2006 of 5 July 2006*, in *Air and Space Law*, 2013, p. 47 ss.

⁽¹³⁾ Reg. CE n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 «relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario», in GUUE, L 315, 3 dicembre 2007. Entrato in vigore ventiquattro mesi dopo la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, il citato regolamento è stato recentemente fatto oggetto di una proposta di modifica da parte della Commissione, v. la proposta di reg. 27 settembre 2017, COM(2017) 548 def.

Per una disamina dei contenuti del citato provvedimento normativo sia consentito rinviare a PEPE, *Il rafforzamento della tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario: il reg. CE n. 1371/2007 e l'apparato sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 70/2014*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, p. 703 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr. altresì BUSTI, *La disciplina del trasporto ferroviario di persone e bagagli (Seconda parte)*, in *Riv. dir. nav.*, 2016, p. 33 ss.; VIGNALI, *Il contratto di trasporto ferroviario di persone*, in *Trasporti e turismo. Profili privatistici*, Milano, 2016, p. 252 ss.; nonché LINDNER e TONNER, *Fabrgastrechte als Verbraucherrecht auf mehreren Ebenen*, in *GPR – Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2011, p. 15 ss. e 86 ss.; PAULIN, *Le règlement (CE) n° 1371/2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires*, in *European J. of Consumer Law* 2012, p. 635 ss.

⁽¹⁴⁾ Reg. UE n. 1177/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 «relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e che modifica il reg. CE n. 2006/2004», in GUUE, L 334, 17 dicembre 2010. Il citato regolamento, divenuto applicabile a decorrere dal 18 dicembre 2012, è analizzato da ZU NARELLI, *Il regolamento (UE) n. 1177/2010 sui diritti dei passeggeri che viaggiano per mare: obblighi di vettori e di operatori dei terminali e problemi applicativi*, in *Dir. maritt.*, 2012, p. 779 ss.; BRIGNARDELLO, *I diritti dei passeggeri marittimi in caso di cancellazione o di ritardo della partenza della nave*, in *Riv. dir. nav.*, 2014, p. 573 ss.; v. anche VINCENT, *Le règlement (UE) n° 1177/2010 concernant les droits des passagers voyageant par mer ou par voie de navigation intérieure*, in *European J. of Consumer Law*, 2012, p. 737 ss.

⁽¹⁵⁾ Reg. UE n. 181/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011

Al fine di garantire l'effettività delle misure predisposte a favore dei passeggeri, ai singoli Stati membri è altresì affidato il compito di vigilare sull'osservanza delle disposizioni fissate dai citati regolamenti e di reprimere eventuali violazioni mediante la designazione di un organismo responsabile e la predisposizione di apposite sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive».

A tal proposito merita di essere rilevato che, per quanto concerne l'obbligo di informazione dei passeggeri in relazione all'identità del vettore aereo, per il quale lo stesso reg. CE n. 2111/2005 non contiene una espressa previsione in tal senso, nonché per quanto riguarda gli obblighi di trasparenza e informazione in merito alle tariffe aeree, non è stato previsto in Italia un apposito apparato sanzionatorio. In attuazione dell'art. 24 reg. CE n. 1008/2008, infatti, la normativa attualmente vigente si limita a vietare i messaggi pubblicitari di voli aerei recanti l'indicazione del prezzo al netto di spese, tasse ed eventuali oneri aggiuntivi, stabilendo che simili offerte o messaggi pubblicitari sono sanzionati quali pubblicità ingannevole ⁽¹⁶⁾, con rinvio quindi alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 145

«relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus e che modifica il reg. CE n. 2006/2004», in GUUE, L 55, 28 febbraio 2011. Per un'analisi della relativa disciplina, divenuta applicabile a decorrere dal 1° marzo 2013, v. CLARONI, *La tutela del passeggero nel trasporto effettuato con autobus nell'ambito del reg. (UE) n. 181/2011 del 16 febbraio 2011*, in *Dir. trasporti* 2011, p. 505 ss.; KESTELOOT, *Le droits européen des passagers dans le transport par autobus et autocar*, in *European J. Consumer Law* 2012, p. 603 ss.; KEILER, *Ansprüche von Fahrgästen im Kraftomnibusverkehr bei Verspätung und Annullierung im Konzept der Europäischen Passagierrechte*, in *Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts*, a cura di Binder e Eicheal, Baden-Baden 2013, p. 167 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 3 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (in GU n. 26 del 1° febbraio 2007), conv. con mod. dalla l. 2 aprile 2007, n. 40 (in *Suppl. ordinario* n. 91 alla GU n. 77 del 2 aprile 2007) «Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche, la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli». Il legislatore italiano ha peraltro previsto un'analogia tutela con riferimento alla pubblicità delle tariffe marittime, mediante l'introduzione dell'art. 22 bis c. cons., avvenuto ad opera dell'art. 22 l. 23 luglio 2009, n. 99, «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia» (*Suppl. ordinario* n. 136 alla GU n. 176 del 31 luglio 2009). La scelta di inserire tale previsione all'interno del codice del consumo, subito dopo le norme dedicate all'enucleazione dei parametri sulla cui base una determinata pratica commerciale può considerarsi scorretta in quanto integrante un'azione o un'omissione ingannevole, appare criticabile per due ordini di ragioni. Innanzitutto, tale collocazione sistematica, insieme al tenore letterale della disposizione in parola, potrebbe indurre a ritenere che il legislatore abbia inteso prevedere un'ulteriore ipotesi di pratica commerciale in ogni caso ingannevole, in aggiunta a quelle previste all'interno della lista nera di cui all'art. 23 c. cons., soluzione che tuttavia si porrebbe in contrasto con la natura di armonizzazione completa propria della dir. 2005/29/CE. Il fatto poi che tale disposizione sia collocata all'interno della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, anziché più opportunamente all'interno di quella espressamente de-

del 2007 ⁽¹⁷⁾, fermo restando la configurabilità di simili messaggi pubblicitari in termini di pratica commerciale scorretta, ai sensi degli artt. 20 ss. c. cons., allorché ne sussistano i relativi presupposti e gli stessi siano indirizzati anche nei confronti di consumatori.

Un'apposita disciplina è stata invece adottata in relazione alla violazione della normativa a tutela dei diritti dei passeggeri, provvedendosi peraltro ad assegnare la vigilanza e la competenza sanzionatoria, rispettivamente, in capo all'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) per quanto riguarda le violazioni del reg. CE n. 261/2004 ⁽¹⁸⁾ e del reg. CE n. 1107/2006 ⁽¹⁹⁾ e all'Autorità per la regolazione dei trasporti (ART) per quanto concerne le violazioni dei regolamenti relativi al trasporto ferroviario ⁽²⁰⁾, navale ⁽²¹⁾ e per autobus ⁽²²⁾.

A tal proposito può peraltro osservarsi come l'entità delle sanzioni pecuniarie previste dal diritto italiano per contrastare la violazione delle disposizioni contenute nei citati regolamenti eurounitari sia alquanto modesta, se non addirittura irrisoria ⁽²³⁾. A ben vedere, infatti, l'importo

dicata alla pubblicità ingannevole, limita la sfera di operatività della citata disposizione ai soli messaggi pubblicitari che siano rivolti anche ai consumatori, impedendo di poter ritenere in essa ricompresi quelli indirizzati in via esclusiva ai professionisti. Soluzione che appare invero incompatibile con l'obiettivo di tutela generalizzata avuto di mira dal legislatore nazionale.

⁽¹⁷⁾ D.lgs. 2 agosto 2007, n. 145 «Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole» (in *GU* n. 207 del 6 settembre 2007).

⁽¹⁸⁾ Cfr. art. 2 d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 69 «Disposizioni sanzionatorie per la violazione del reg. CE n. 261/2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato» (in *GU* n. 54 del 6 marzo 2006).

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 2 d.lgs. 24 febbraio 2009, n. 24 «Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del reg. CE n. 1107/2006 relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo» (in *GU* n. 69 del 24 marzo 2009).

⁽²⁰⁾ Cfr. art. 3 d.lgs. 17 aprile 2017, n. 70 «Disciplina sanzionatoria per le violazioni delle disposizioni del reg. CE n. 1371/2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario» (in *GU* n. 103 del 6 maggio 2014).

⁽²¹⁾ Cfr. art. 3 d.lgs. 29 luglio 2015, n. 129 «Disciplina sanzionatoria delle violazioni delle disposizioni del reg. CE n. 1177/2010, che modifica il reg. CE n. 2006/2004, relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne» (in *GU* n. 191 del 19 agosto 2015).

⁽²²⁾ Cfr. art. 3 d.lgs. 4 novembre 2014, n. 169 «Disciplina sanzionatoria delle violazioni delle disposizioni del reg. UE n. 181/2011, che modifica il reg. CE n. 2006/2004, relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus» (in *GU* n. 271 del 21 novembre 2014).

⁽²³⁾ A titolo esemplificativo: ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 69/2006, il vettore aereo che viola gli obblighi informativi previsti dall'art. 14 reg. CE n. 261/2004 è punito con una sanzione amministrativa da duemilacinquecento a diecimila euro; ai sensi dell'art. 9 d.lgs. n.

particolarmente contenuto delle sanzioni in parola, oltre a legittimare più di una perplessità in ordine alla loro effettiva proporzionalità ed efficacia dissuasiva, non sembra realisticamente in grado di incidere in maniera rilevante e omogenea sul rapporto costi/benefici legato ad una eventuale violazione della normativa a tutela dei passeggeri, privilegiando viceversa, a seconda del comparto specificamente considerato, le imprese di trasporto operanti su scala nazionale o europea di più ampie dimensioni e fatturato.

3. – Delineate le coordinate normative essenziali, può innanzitutto rilevarsi come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sia intervenuta a più riprese nel settore dei trasporti contrastando e reprimendo talune pratiche commerciali, giudicate scorrette ai sensi degli artt. 20 ss. c. cons. ⁽²⁴⁾, il più delle volte connesse a taluni aspetti disciplinati dai succitati regolamenti eurounitari.

Segnatamente, in relazione alla promozione delle offerte di voli aerei mediante siti Internet, l'AGCM, considerando come nell'offerta di un servizio ai consumatori costituisca elemento essenziale l'indicazione del professionista che lo fornisce materialmente, ha ritenuto che integrino una pratica commerciale scorretta quelle modalità di informazione dei consumatori sull'identità del c.d. vettore operativo che, nel caso di acquisti *online*, per evidenza grafica, per quantità e qualità delle informazioni fornite, non risultino adeguate a rendere edotto il consumatore del fatto che alcune delle tratte commercializzate sono in concreto operate da un vettore diverso (c.d. vettore operativo) da quello col quale è concluso il contratto di trasporto (c.d. vettore *marketing*) ⁽²⁵⁾.

70/2014, per l'inosservanza dell'obbligo di informazione in relazione alle caratteristiche del servizio offerto di cui all'art. 8 reg. CE n. 1371/2007, a carico dell'impresa ferroviaria è comminata una sanzione amministrativa pecuniaria da mille a cinquemila euro; l'art. 15 d.lgs. n. 129/2015 prevede invece a carico della compagnia di navigazione una sanzione pecuniaria da centocinquanta a novecento euro per ciascun viaggiatore, in caso di violazione degli obblighi informativi sui diritti dei passeggeri previsti dall'art. 23 reg. UE n. 1177/2010; con riguardo, infine, al trasporto con autobus, l'art. 16, comma 2, d.lgs. 169/2014 prevede una sanzione pecuniaria da trecento a millecinquecento euro per ciascun passeggero in caso di mancata osservanza dell'obbligo di fornire, ai sensi dell'art. 25 reg. UE 181/2011, adeguata informazione agli utenti in merito ai diritti loro riconosciuti dal regolamento medesimo.

⁽²⁴⁾ I provvedimenti AGCM citati nel presente contributo sono tutti consultabili sul sito web dell'Autorità, www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/delibere/index.

⁽²⁵⁾ V. provv. AGCM 29 ottobre 2013, n. 24586, PS7771 – *Alitalia-Caratteristiche del servizio* (confermato peraltro da Tar Lazio, sez. I, n. 8253 del 2015 e Cons. Stato, sez. VI, n. 4048 del 2016). Nel caso di specie, l'informazione relativa all'identità del vettore aereo

Nel caso preso in esame, sebbene il reg. CE n. 2111/2005 non imponga specifiche modalità di informazione dei passeggeri, l'AGCM ha ritenuto che le concrete modalità informative adoperate dal vettore coinvolto non potessero ritenersi conformi ai criteri di trasparenza e completezza informativa cui il professionista deve attenersi quando promuove la propria offerta. Secondo l'AGCM, infatti, le stesse non consentono al consumatore, sin dal momento in cui effettua la propria scelta, di conoscere tutte le caratteristiche essenziali del servizio di trasporto che sta acquistando, tra cui l'identità della compagnia che lo effettuerà materialmente. Anzi, a fronte di modalità informative inadeguate anche soltanto sul piano dell'evidenza grafica, il consumatore che effettua l'acquisto *online* potrebbe essere indotto in errore circa l'identità e le caratteristiche dell'impresa che opera il volo, eventualmente determinandosi ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Inoltre, i consumatori ingannatisi sull'identità del vettore aereo operativo al momento della prenotazione del volo attraverso il sito Internet del c.d. vettore *marketing*, potrebbero perdurare nell'errato convincimento di volare con quest'ultimo anche durante la fruizione del servizio, laddove – come nel caso preso in esame dell'AGCM –, in virtù degli accordi intercorsi tra le imprese di navigazione aerea, gli aeromobili utilizzati rechino la livrea del vettore *marketing* e il personale di bordo indossi le divise dello stesso. Circostanza che, peraltro, in ragione della confusione ingenerata, potrebbe altresì rendere più difficoltoso l'esercizio dei diritti riconosciuti ai medesimi passeggeri, ad es. dal reg. CE n. 261/2004, qualora si verificassero delle disfunzioni nella fruizione del servizio.

Ulteriori interventi dell'*Authority* hanno poi preso in esame le concrete modalità di promozione delle offerte dei servizi di trasporto ad opera delle compagnie di navigazione. In più di un'occasione, soprattutto con riguardo al trasporto aereo, quest'ultime sono state reputate non idonee a fornire un'adeguata informazione circa le reali condizioni delle offerte reclamizzate, non rendendo chiaramente percepibili al consumatore gli effettivi costi finali delle stesse ⁽²⁶⁾, in contrasto con i principi di trasparenza

operativo era fornita, nel processo di prenotazione *online*, soltanto dopo che il consumatore aveva già selezionato la destinazione e l'offerta tariffaria, attraverso una dicitura apposta con «caratteri estremamente ridotti» al di sotto delle informazioni relative al luogo e all'orario, rispettivamente, di partenza e di arrivo.

⁽²⁶⁾ Con riguardo al trasporto marittimo, cfr. provv. AGCM 4 maggio 2017, n. 26605, PS10413 – *Moby-Spese emissione biglietto*. Nel caso di specie, la società Moby s.p.a. promuoveva attraverso il proprio sito Internet le tariffe dei diversi servizi di trasporto offerti, indicando le stesse come comprensive di tutte le voci di spesa («Tasse e oneri inclusi»), salvo

tariffaria sanciti dall'art. 23 reg. CE n. 1008/2008. Norma peraltro espressamente presa in considerazione dall'AGCM, quale parametro di riferimento idoneo a delineare il limite minimo di diligenza che un professionista dovrebbe osservare nell'espletamento della propria attività di offerta dei servizi di trasporto aereo di passeggeri.

In concreto, le condotte sanzionate hanno riguardato in vario modo la modalità di pubblicizzazione delle tariffe dei servizi offerti, per aver indicato al consumatore un prezzo non comprensivo di tutti gli elementi di costo necessari per l'acquisto del servizio, quali il sovrapprezzo dovuto all'impiego di strumenti elettronici di pagamento o a spese di carattere amministrativo-gestionale ⁽²⁷⁾, ovvero per non aver dato adeguata evidenza alle specifiche restrizioni previste per poter usufruire della promozione in corso ⁽²⁸⁾.

fornire ulteriori specificazioni sui costi esclusi dal prezzo, mediante il richiamo di un asterisco, in calce al sito Internet e con modalità grafiche significativamente inferiori. La modalità di presentazione del prezzo del servizio è stata giudicata scorretta dall'AGCM, in quanto, non includendo nella tariffa proposta elementi di costo necessari (*id est* la commissione per le spese di emissione del biglietto), la stessa era idonea a fornire un'ambigua e incompleta rappresentazione delle condizioni economiche richieste per l'acquisto del servizio, confondendo il consumatore rispetto all'esborso complessivo da sostenere per l'acquisto del biglietto.

⁽²⁷⁾ V. provv. AGCM 11 giugno 2009, n. 19953, PS2145 – *Bluexpress-Commissioni non chiare*; provv. AGCM 28 aprile 2011, n. 22341, PS3773 – *Bluexpress-Costi eccessivi per pagamenti con carta di credito*; provv. AGCM 24 maggio 2011, PS6147 – *Easyjet-Commissioni carte di credito*; provv. AGCM 8 febbraio 2012, n. 23279, PS7505 – *Air Berlin-Spese amministrative*; provv. AGCM 1° luglio 2015, n. 25543, PS9670 – *Transavia.com-Supplementi per pagamenti con carta di credito e prenotazioni*; provv. AGCM 28 settembre 2016, n. 26184, PS10076 – *Blue Air-Credit card surcharge (CCS)*. All'inizio del processo di prenotazione e acquisto *online* veniva fornita una incompleta indicazione del prezzo dei servizi di trasporto, scomputando taluni elementi di costo (come ad es. le commissioni legate alla scelta di un determinato metodo di pagamento), della cui esistenza il consumatore era informato soltanto in un momento successivo. Tale pratica è stata ritenuta contraria agli artt. 20, 21, comma 1, lett. *d*) e 22, commi 1 e 2, c. cons., in quanto il professionista non forniva una immediata, trasparente e completa indicazione della presenza e dell'entità di oneri aggiuntivi, economicamente apprezzabili rispetto al prezzo del biglietto inizialmente proposto, confondendo in tal modo il consumatore in ordine al costo effettivo del servizio prescelto.

In relazione alla possibile previsione di un supplemento di prezzo per l'utilizzo di strumenti elettronici di pagamento, deve rilevarsi come assuma oggi rilievo preminente l'art. 62 c. cons., così come novellato dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, a mente del quale è previsto il divieto per il professionista, operante in un settore diverso da quello finanziario-creditizio, di imporre ai consumatori spese per l'uso di un particolare mezzo di pagamento (*i.e.* carte di credito o di debito, ecc.).

⁽²⁸⁾ V. provv. AGCM 13 gennaio 2015, n. 25285, PS9546 – *Easyjet-Offerta tariffa per due persone*. La compagnia *low cost* Easyjet promuoveva attraverso il proprio sito Internet voli aerei nazionali e internazionali a prezzi particolarmente vantaggiosi, senza indicare in

Scorretta è stata altresì considerata la condotta del vettore aereo che, nel proporre ai consumatori una polizza di assicurazione viaggio facoltativa, in abbinamento al servizio di trasporto aereo, omette o fornisce in modo ambiguo informazioni rilevanti ai fini della corretta valutazione della convenienza economica del prodotto, quali la natura dei rischi assicurati (mettendo ad es. in risalto rischi la cui copertura è già assicurata dalla normativa applicabile, come il reg. CE n. 261/2004), nonché le condizioni e limitazioni della polizza stessa. Con riguardo al caso di specie, in particolare, ulteriori profili di scorrettezza sono stati ravvisati nell'ambiguità e ingannevolezza della procedura di selezione del prodotto (sostanzialmente assimilabile ad un meccanismo di *opt-out*), in grado di indurre l'utente ad acquistare in maniera del tutto inconsapevole un servizio accessorio, con rilevanti ripercussioni sul costo finale del biglietto ⁽²⁹⁾. Modalità di selezione che si pongono in netto contrasto con quanto previsto dall'art. 23

modo adeguato le effettive condizioni e limitazioni dell'offerta. Segnatamente, il consumatore non veniva adeguatamente informato del fatto che per poter fruire della tariffa pubblicizzata era necessario acquistare contestualmente almeno due tratte, risultando viceversa maggiorato il prezzo per l'acquisto di una sola tratta. Il consumatore che intendeva acquistare il singolo volo oggetto di promozione non veniva quindi informato dell'impossibilità di fruire della tariffa pubblicizzata, né al momento della visualizzazione dell'offerta, né nel corso della scelta del volo, essendo in definitiva indotto a ritenere che la stessa, pur in teoria disponibile, fosse esaurita in relazione al volo scelto.

Cfr. altresì provv. AGCM 29 ottobre 2013, n. 24586, cit. La compagnia aerea Alitalia, nel promuovere e commercializzare il prodotto denominato «Carnet Italia», presentava l'offerta come conveniente, flessibile e con ampia disponibilità di posti, senza tuttavia connotare in modo chiaro le caratteristiche della medesima. In particolare, non era fornita adeguata informazione in merito al fatto che l'utilizzo del *carnet* era collegato ad una apposita classe tariffaria, corrispondente ad un sottoinsieme della classe economica, né era specificato che i biglietti così acquistati non potevano essere utilizzati su talune tratte nazionali. La descritta pratica è stata giudicata scorretta in quanto non consentiva ai consumatori di avere una immediata e chiara comprensione di aspetti essenziali del prodotto offerto e delle specifiche caratteristiche di fruizione dello stesso.

⁽²⁹⁾ V. provv. AGCM 20 dicembre 2013, n. 24711, PS7245 – *Ryanair-Assicurazione viaggio*. Nella specie, nel corso della procedura di prenotazione e acquisto *online* dei voli, la compagnia Ryanair proponeva al consumatore, in abbinamento al servizio di trasporto aereo, l'acquisto di una polizza di assicurazione viaggio facoltativa, omettendo di fornire una serie di informazioni rilevanti ai fini di una corretta valutazione in merito alla effettiva convenienza del prodotto. Al fine di non acquistare la proposta assicurazione di viaggio, il consumatore doveva selezionare la voce «*non mi assicurare*», collocata fra le voci «*Netherlands*» e «*Norway*» all'interno di un menu a tendina, composto da 21 voci relative ai vari Paesi europei, in cui era richiesto all'utente di selezionare il proprio Paese di residenza. La pratica commerciale posta in essere da Ryanair è stata dunque giudicata scorretta, tra gli altri profili, per l'ambiguità e ingannevolezza delle modalità di selezione predisposte dal professionista per l'acquisto del prodotto assicurativo. Segnatamente, la particolare modalità di selezione architettata dal professionista non è stata ritenuta conforme alle condizioni di manifestazione di un esplicito consenso (*opt-in*), risultando piuttosto assimilabile ad un

reg. CE n. 1008/2008, a mente del quale i supplementi di prezzo opzionali devono essere accettati dal passeggero mediante la manifestazione «di un esplicito consenso dell'interessato (*opt-in*)»⁽³⁰⁾.

Con riferimento al settore del trasporto ferroviario, l'AGCM ha giudicato scorretto ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lett. *b*) e 22 c. cons. il comportamento tenuto da Trenitalia s.p.a. in riferimento alla sistematica esclusione, operata del sistema telematico di ricerca e acquisto dei biglietti predisposto dal professionista, di talune soluzioni di viaggio, basate su treni regionali, in caso di sovrapposizione con alternative di viaggio composte da treni ad altra velocità o *intercity*⁽³¹⁾. Tale modalità di prospettazione dei risultati delle soluzioni di viaggio acquistabili dagli utenti, anche all'esito della selezione dell'opzione di ricerca «*tutti i treni*», è stata ritenuta in grado di alterare il comportamento economico del consumatore, il quale, non potendosi avvalere di strumenti di informazione alternativi a quelli resi disponibili dal professionista, è in tal modo indotto a compiere scelte commerciali che non avrebbe altrimenti preso.

In relazione al caso di specie, l'Autorità ha altresì precisato come la pratica commerciale contestata risultasse più ampia e articolata rispetto alla puntuale fattispecie presa in considerazione dall'art. 8 reg. CE n. 1371/2007, a mente del quale l'impresa ferroviaria è tenuta a fornire ai passeggeri, tra le informazioni minime, l'indicazione della tariffa più conveniente. Nel merito, infatti, la pratica presa in esame è stata reputata ingannevole, per l'omnicomprensiva denominazione dell'opzione di ricer-

meccanismo di *opt-out*, in quanto connotata da particolare complessità e molteplici aspetti di ingannevolezza che rendevano altamente difficile la scelta di escludere l'acquisto.

⁽³⁰⁾ Un'analoga previsione è oggi contenuta nell'art. 65 c. cons., il quale prevede altresì che «se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore, ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento».

⁽³¹⁾ V. provv. AGCM 19 luglio 2017, n. 26700, PS10578 – *Trenitalia-Sistema di prenotazioni*. Nella specie, senza informare adeguatamente i consumatori in merito alla limitazione, ma utilizzando una denominazione omnicomprensiva per la banca dati di ricerca («*tutti i treni*»), il sistema di prenotazione predisposto da Trenitalia escludeva dai risultati di ricerca quelle soluzioni che prevedevano l'utilizzo di (o la combinazione con) treni regionali, qualora l'orario di partenza fosse coincidente o sostanzialmente sovrapposto con alternative di viaggio costituite da treni ad alta velocità o *intercity*. L'ingannevole prospettazione dell'opzione di ricerca «*tutti i treni*» come quella in grado di presentare l'insieme completo delle soluzioni di viaggio disponibili e l'ommissione dai risultati di ricerca di talune soluzioni, pure disponibili e concretamente utilizzabili dall'utente, sono state ritenute condotte materiali idonee ad integrare una pratica commerciale scorretta, essendo in grado di determinare una alterazione delle scelte del consumatore in merito a quale servizio di trasporto acquistare sulla base delle proprie preferenze, in termini di durata e costo del viaggio.

ca, e omissiva, per la ricorrente esclusione dai risultati di ricerca di specifici servizi ferroviari più lenti, i quali non necessariamente hanno prezzi più bassi, in ragione delle possibili promozioni operate sui treni ad alta velocità.

In altra occasione, l'*Antitrust* ha affermato la scorrettezza della pratica posta in essere dal professionista facendo esplicito riferimento anche alla disciplina sovranazionale, osservando in particolare come il sistema di controllo dei titoli di viaggio e di regolarizzazione a bordo treno non risultasse pienamente coerente con il principio di ampia disponibilità dei biglietti e di piena accessibilità dei consumatori al servizio di trasporto ferroviario, previsto dal citato regolamento (cfr. l'art. 9 e il *Considerando* n. 8 reg. CE), al quale i professionisti del settore devono necessariamente conformarsi ⁽³²⁾.

Nella stessa prospettiva, avuto riguardo al non adeguato riconoscimento al passeggero munito di un titolo di viaggio composto da più tratte (c.d. «biglietto globale») delle tutele accordate dalla normativa eurounitaria e alla non corretta adozione di idonee procedure per il riconoscimento dell'indennizzo previsto dal reg. CE n. 1371/2007, l'AGCM ha valutato positivamente gli impegni assunti dal professionista assumendo a parametro di comparazione le previsioni contenute nel medesimo reg. CE ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ V. provv. AGCM 12 novembre 2014, n. 25175, PS4656 – *Trenitalia-Sanzioni per irregolarità di viaggio*, con il quale è stata affermata la scorrettezza del sistema che la società Trenitalia s.p.a. aveva previsto e adottato per il controllo e la repressione delle irregolarità di viaggio. In particolare, è stato giudicato scorretto e contrario alla diligenza professionale lo stesso regime di irregolarità implementato dal professionista con riguardo all'individuazione delle ipotesi nelle quali il consumatore era considerato sprovvisto di titolo di viaggio, rispetto alle quali veniva registrata una eccessiva dilazione, nonché in riferimento alla determinazione dell'ammontare delle penalità previste per le diverse situazioni, le quali risultavano indistintamente accomunate dall'applicazione di un sovrapprezzo di «importo ingente e spesso sproporzionato rispetto al prezzo pieno del biglietto “valido”». L'elevato ed indistinto importo della penalità irrogabile (pari a 200 euro) contribuiva così a configurare «un sistema con una valenza decisamente deterrente e repressiva, (...) non funzionale a graduare situazioni oggettivamente diverse, impedendo, nei casi meno gravi, la regolarizzazione a bordo treno», sebbene non fossero rilevabili «impedimenti commerciali e tecnologici alla definizione di un sistema di regolarizzazione (...) in senso ragionevolmente più flessibile e *consumer friendly* (a partire da penalità più eque o almeno direttamente proporzionate al prezzo del biglietto)».

⁽³³⁾ V. provv. AGCM 12 novembre 2014, n. 25176, PS4848 – *Trenitalia-Indennizzi e rimborsi per ritardi e altri disagi*. Nella specie, erano stati rilevati profili di scorrettezza in relazione alla procedura e alla gestione delle richieste di indennizzo in caso di ritardo dei treni, giudicandosene eccessivamente discrezionali le modalità di accertamento del ritardo, nonché opache e scarsamente motivate le comunicazioni rese all'utenza. Al contempo, era contestata la mancata qualificazione, da parte del professionista, di una soluzione di viaggio composta da più tratte come «biglietto globale» relativo ad un unico contratto di trasporto,

Specifica attenzione alla disciplina sovranazionale è stata altresì posta nella valutazione dell'idoneità degli impegni assunti dalla società Nuovo Trasporto Viaggiatori s.p.a., al fine di superare i riscontrati profili di scorrettezza relativi alle informazioni fornite agli utenti in ordine alle modalità di contatto del professionista per l'acquisto di biglietti e per l'esercizio da parte del consumatore di prerogative e diritti pre e post-vendita⁽³⁴⁾.

Pratiche commerciali scorrette sono state infine ravvisate nelle concrete modalità di attuazione della c.d. *no show rule*⁽³⁵⁾, nella mancata informazione dei passeggeri aerei in merito ai diritti loro riconosciuti in caso di cancellazione del volo prenotato⁽³⁶⁾, nonché nell'omessa o non adeguata

con conseguente limitazione della protezione degli utenti e delle situazioni indennizzabili per ritardo del treno e per perdita delle coincidenze in esito al ritardo del primo treno in connessione.

⁽³⁴⁾ V. provv. AGCM 27 settembre 2017, n. 26789, PS10275 – *Nuovo Trasporto Viaggiatori-Funzionalità e costi dei call center*. Il procedimento ha riguardato il comportamento posto in essere dal professionista nell'attività di vendita dei titoli di viaggio e di assistenza pre e post-contrattuale. In particolare, sotto il profilo informativo, le complessive modalità di prospettazione dell'esistenza e dell'accessibilità di canali di contatto con il vettore risultavano tali da indirizzare i consumatori prioritariamente ai *call center* a pagamento sia per l'acquisto dei titoli di viaggio, sia per l'esercizio di diritti e opzioni post-vendita.

⁽³⁵⁾ Cfr., tra gli altri, provv. AGCM 29 ottobre 2013, n. 24586, cit.; provv. AGCM 8 gennaio 2015, n. 25259, PS7769 – *Air France-no show rule e assicurazione viaggio*; provv. AGCM 28 aprile 2016, n. 26001, PS9446 – *Brussels airlines-no show rule*; provv. AGCM 7 giugno 2017, n. 26637, PS10047 – *Etihad-no show rule*; provv. AGCM 7 giugno 2017, n. 26638, PS10181 – *Iberia airlines-no show rule*; provv. AGCM 7 giugno 2017, n. 26639, PS10381 – *British airways-no show rule*. V. *amplius infra* § 6.

⁽³⁶⁾ Cfr. il provv. AGCM 29 maggio 2018, n. 27191, PS10972 – *Ryanair-Cancellazione voli*. Nella specie, l'Autorità garante della concorrenza ha affermato che «l'improvvisa cancellazione di un consistente numero di voli per motivi imputabili al vettore aereo, in larga misura riconducibili a ragioni organizzative e gestionali già note al professionista e non a cause occasionali o al di fuori del suo controllo, configura una violazione dell'art. 20, comma 2, c. cons., in quanto il professionista è venuto meno al rispetto degli *standard* di diligenza professionale richiesti (...), causando notevoli disagi ai consumatori che avevano da tempo programmato i propri spostamenti e già prenotato e pagato il relativo biglietto aereo».

Ulteriore contestazione mossa nei confronti della Ryanair ha poi riguardato le modalità adoperate per informare i consumatori in merito ai diritti loro spettanti a fronte della comunicata cancellazione del volo. In particolare, mediante le informazioni fornite ai passeggeri coinvolti dal disservizio, il professionista lasciava sostanzialmente intendere ai medesimi che le uniche opzioni/alternative a loro disposizione fossero quelle proposte dal vettore medesimo ed attivabili a cura del consumatore (*id est* il rimborso o la modifica gratuita del volo cancellato), senza dare adeguato risalto al diritto di ottenere il versamento della c.d. compensazione pecuniaria di cui all'art. 7 reg. CE n. 261/2004, cioè in aperta violazione dell'art. 22 c. cons. L'AGCM ha dunque giudicato scorretta la pratica commerciale così posta in essere dal vettore aereo, in quanto non essendo stato adeguatamente

informazione degli utenti in merito alla mancata esecuzione dei servizi di trasporto programmati, allorquando siano note le ragioni sistematiche che possano causarne la soppressione ⁽³⁷⁾.

4. – Anche alla luce della variegata casistica che si è appena presa in esame, appare chiaro come il settore dei trasporti non si sottragga alla generalizzata applicabilità del divieto delle pratiche commerciali scorrette, risultando sotto tale aspetto i relativi attori commerciali assoggettati altresì alla potestà sanzionatoria dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

A tal proposito, merita di essere rilevato come la nozione di «pratica commerciale» accolta dalla dir. n. 2005/29/CE e recepita nel nostro ordinamento sia particolarmente ampia, sì da ricomprendere qualsiasi tipo di attività posta in essere dal professionista tanto anteriormente, quanto contestualmente o anche successivamente all’istaurazione del rapporto contrattuale ⁽³⁸⁾.

informato in merito ai diritti riconosciutigli dal reg. CE n. 261/2004, in violazione dell’art. 21 c. cons., il consumatore è stato erroneamente indotto a ritenere che la propria scelta fosse limitata al rimborso/modifica del volo e che non gli fosse riconosciuta la possibilità di richiedere il ristoro economico del danno patito attraverso la suddetta compensazione.

⁽³⁷⁾ Cfr. provv. AGCM 25 luglio 2017, n. 26710, PS10666-*ATAC-soppressione corse ferroviarie*. Il procedimento ha riguardato la pubblicizzazione da parte del professionista di un’offerta di servizi di trasporto frequente e cospicua, la quale non ha tuttavia trovato riscontro nel servizio effettivamente reso, a causa della sistematica e persistente soppressione delle corse programmate. Sulla base del rilievo che «la corrispondenza tra il servizio offerto e quello atteso negli orari pubblicizzati (...) rientra a pieno titolo tra i diritti degli utenti dei servizi pubblici che assumono le proprie scelte di mobilità acquistando il servizio di trasporto offerto proprio sulla base di quanto agli stessi prospettato», l’AGCM ha giudicato contraria alla diligenza professionale la condotta del professionista «in virtù della totale assenza – o grave inadeguatezza – delle informazioni rese all’utenza riguardo alla soppressione/modifica di alcune corse». In tal senso, l’Autorità ha concluso che il frequente e sistematico mancato rispetto dell’orario delle corse programmate integra una pratica commerciale idonea a ingannare i consumatori in merito alla effettiva disponibilità del servizio e a falsarne il comportamento economico, in violazione dell’art. 21 c. cons. Inoltre, «la mancata diffusione preventiva e in tempo utile di informazioni riguardo alla impossibilità di effettuare determinate corse – o di effettuarle in orari diversi – pur essendo a conoscenza delle ragioni che avrebbero causato la soppressione/modifica delle stesse, integra un comportamento non corrispondente al normale grado di competenza ed attenzione che ragionevolmente ci si può attendere da una società quale ATAC, avuto riguardo alle caratteristiche dell’attività svolta (gravata peraltro, nel caso di specie, dall’impegno ad adempiere oneri di servizio pubblico per i pendolari e per la mobilità cittadina) risultando, pertanto, in violazione dell’art. 20, comma 2, e 22 c. cons.».

⁽³⁸⁾ Cfr. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a)-d) e art. 19, comma 1°, c. cons.)*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 97 ss.;

In tal senso, andando ad analizzare nel dettaglio i citati regolamenti eurounitari a tutela dei diritti dei passeggeri, è possibile osservare come gli stessi, tra gli altri aspetti disciplinati, dettino specifici obblighi di condotta in capo ai vettori, i quali vengono in rilievo nella fase precontrattuale, così come nella fase esecutiva del rapporto e, in particolare, qualora si verifichi una patologia funzionale del sinallagma.

Riguardando in questi termini la richiamata normativa eurounitaria, pare quindi possibile ritenere che anche le condotte ivi espressamente disciplinate siano suscettibili di essere fatte rientrare in astratto nella suddetta definizione, configurandosi in sostanza come specificazioni settoriali di pratiche commerciali.

In questa prospettiva, deve conseguentemente riconoscersi come tra la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e la normativa a tutela dei diritti dei passeggeri sussista inevitabilmente un'area di possibile concorrenza e di potenziale «contrasto» ⁽³⁹⁾. Entrambe le richiamate discipline, infatti, non appaiono certamente monadi a sé stanti, oggetto di interpretazione e applicazione necessariamente separata, come pure potrebbe essere da taluno sostenuto, senza tuttavia adeguata riflessione sul punto.

Appare infatti sorgere spontaneamente, quantomeno nell'interprete avveduto, il quesito sul se e in che misura la regolamentazione speciale dettata in tema di trasporto di persone, per la sua intrinseca natura, possa influenzare il giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale, condotto ai sensi dell'art. 20 c. cons. Così come pure ci si potrebbe chiedere se l'esistenza di una particolareggiata disciplina settoriale possa restringere,

FIorentino, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 165 ss., il quale nota come il consumatore sia «destinatario di una tutela più pervasiva, non ristretta al momento dell'acquisto, ma allargata all'intero "processo di consumo"»; cfr. altresì GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 5 – 6.

In via generale, la Corte di giustizia qualifica come pratiche commerciali, nel senso di cui alla dir. 2005/29/CE, quelle condotte che in concreto si inseriscono nel contesto della strategia commerciale del professionista che le pone in essere, cfr. tra le altre Corte CE, 23 aprile 2009, cause riunite C_261/07 e C_299/07, *VTB-VAB e Galatea*, punto 49; Corte UE, 14 gennaio 2010, causa C_304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, punto 37; Corte UE, 9 novembre 2010, causa C_540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, punto 18; Corte UE, 17 gennaio 2013, causa C_206/11, *Köck*, punto 27; v. anche Corte UE, 20 luglio 2017, causa C_357/16, *Gelvora*, punto 21, la quale ha precisato come la nozione di «pratica commerciale» di cui all'art. 2, lett. d), dir. 2005/29/CE comprenda «qualsiasi atto adottato in relazione non soltanto alla conclusione di un contratto, ma anche alla sua esecuzione e, in particolare, gli atti adottati per ottenere il pagamento del prodotto».

⁽³⁹⁾ Cfr. PERUGINI, *ART: il rapporto con AGCM e altri enti nazionali e territoriali*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, a cura di Bassan, Torino, 2015, p. 111 – 112.

sino ad escluderlo integralmente, il campo di applicazione della disciplina dettata con riguardo alle pratiche commerciali scorrette.

5. – Ammettendo, come si crede, che le disposizioni dei richiamati regolamenti integrino «specificazioni settoriali di pratiche commerciali», con riguardo al primo dei quesiti sopraccennati, deve innanzitutto prendersi in esame il comma 3 dell'art. 19 c. cons., il quale, conformemente a quanto statuito dal par. 4 dell'art. 3 dir. 2005/29/CE, stabilisce che, «in caso di contrasto», le disposizioni contenute in altre normative dell'Unione europea e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano «aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette» «prevalgono» sulla disciplina dettata dagli artt. 18 ss. c. cons. e «si applicano a tali aspetti specifici».

Da tale disposizione, in particolare, è possibile dedurre che le previsioni contenute nei regolamenti eurounitari a tutela dei diritti dei passeggeri siano destinate a prevalere sulla disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette limitatamente a quegli aspetti specifici da esse regolati, valendo in sostanza come parametro di valutazione in termini di scorrettezza delle condotte tenute dal vettore-professionista nei confronti dei passeggeri.

Se così è, ciò essenzialmente significa che, in ragione dell'accennata prevalenza, una determinata condotta, di per sé suscettibile di essere qualificata come scorretta, qualora non si ponga in contrasto con quanto prescritto dai citati regolamenti europei, risultando altresì dagli stessi espressamente contemplata (in quanto disciplinata in concreto), non potrà essere considerata vietata ai sensi dell'art. 20 c. cons.

A tal proposito, appare senz'altro opportuno l'avvertimento, espresso da parte della dottrina ⁽⁴⁰⁾, secondo cui «le condotte tenute da un professionista nel pieno rispetto delle regole “speciali” (...) non possono per ciò solo considerarsi sempre e necessariamente lecite», potendosi affermare la liceità di tali condotte soltanto laddove non sia possibile ravvisare gli estremi di una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 ss. c. cons. Una tale precisazione è indubbiamente da condividersi nella misura in cui la normativa speciale si limiti semplicemente a non vietare una determinata condotta astrattamente suscettibile di essere valutata in termini di scorrettezza, dovendosi tuttavia ulteriormente puntualizzare come

⁽⁴⁰⁾ Cfr. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d'impresa*, cit., p. 304.

una simile valutazione resti irrimediabilmente preclusa nell'ipotesi in cui la normativa di derivazione eurounitaria prenda espressamente in considerazione quella determinata condotta, disciplinandola e, in tal modo, sancendone (anche implicitamente) la liceità.

In altri termini, dunque, il rispetto della disciplina di settore non esclude che la condotta del professionista possa integrare una pratica commerciale scorretta, salvo il caso in cui la normativa di settore di derivazione eurounitaria contenga specifiche prescrizioni in merito alle azioni che il professionista può e/o deve porre in essere, anche a tutela degli interessi dei consumatori, in modo tale da contrapporsi (in maniera incompatibile) alle prescrizioni contenute negli artt. 18 ss. c. cons.

D'altro canto, come recentemente affermato dalla Corte di giustizia, nella sentenza del 13 settembre 2018, *AGCM c. Wind Tre spa e Vodafone Italia spa*, il «contrasto» cui si riferisce l'art. 3, par. 4, dir. 2005/29/CE sussiste unicamente quando disposizioni inserite in direttive o regolamenti UE di natura settoriale, disciplinando aspetti specifici di pratiche commerciali adottate nel peculiare settore regolamentato, impongano ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla dir. 2005/29/CE, sì da rendere impossibile la contestuale coesistenza e applicazione di entrambe le discipline eurounitarie ⁽⁴¹⁾.

Esemplificando, potrebbe farsi riferimento alla pratica dell'*overbooking* o c.d. sopravvendita di biglietti aerei ⁽⁴²⁾. Pratica commerciale diffu-

⁽⁴¹⁾ Cfr. in tal senso Corte UE, 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17, cit., punti 60-61.

Con la citata pronuncia la Corte di giustizia ha peraltro affermato la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della normativa italiana di coordinamento tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e le normative settoriali di derivazione eurounitaria, di cui agli artt. 19, comma 3, e 27, comma 1 *bis*, c. cons.

Secondo la Corte, infatti, l'art. 3, par. 4, dir. 2005/29/CE non osta ad una normativa nazionale (come quella italiana) in virtù della quale una condotta che costituisce una pratica commerciale scorretta dev'essere valutata, alla luce delle disposizioni della citata direttiva, dall'Autorità nazionale cui è affidata la competenza ad applicare le norme di recepimento della dir. 2005/29/CE, con la conseguenza che le eventuali diverse *Authorities* di settore non sono competenti ad adottare provvedimenti sanzionatori nei confronti della medesima condotta.

⁽⁴²⁾ In generale, sul fenomeno dell'*overbooking/overselling*, v. GUERRIERI, *Overbooking, overselling and denial of boarding*, in *Annals of Air and Space Law*, 1989, p. 191 ss.; GIRARDI, *Riflessi giuridici dell'overbooking nel trasporto aereo di linea*, in *Dir. trasporti*, 1988, II, p. 169 ss.; BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per overbooking*, in *Dir. trasporti*, 1993, II, p. 313 ss.; ID., *Contratto di trasporto aereo*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XXVI, Milano, 2001, p. 752 ss.; FANARA, *L'overbooking*, in *La tutela del turista*, a cura di Silingardi e Zeno Zencovich, Napoli, 1993, p. 148 ss.; COMENALE PINTO, *Considerazioni in tema di sovrapprenotazione nei servizi di trasporto aereo*, in *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*,

samente applicata dalla generalità delle compagnie aeree, le quali – sulla base di calcoli statistici, legati al numero di passeggeri che pur muniti di una prenotazione confermata non si presenteranno all'imbarco – ricorrono alla vendita di un numero di biglietti superiori all'effettivo numero di posti disponibili su di un determinato volo, così da scongiurare il rischio di effettuare voli non a pieno carico, con conseguente pregiudizio economico in termini di mancati profitti.

Una simile pratica, se di per sé considerata, potrebbe essere qualificata come scorretta ai sensi dell'art. 21 c. cons., in quanto il passeggero non è informato del fatto che egli sta acquistando un volo rispetto al quale la compagnia aerea sta attuando la pratica dell'*overbooking* e che pertanto corre il rischio (per quanto remoto) di essere costretto a dover rinunciare all'imbarco su quel determinato volo ⁽⁴³⁾.

È chiaro che in tal modo il passeggero viene indotto in errore sulle caratteristiche del prodotto ed è conseguentemente spinto ad assumere una decisione commerciale, la conclusione del contratto di trasporto, che con tutta probabilità non avrebbe altrimenti preso o avrebbe preso soltanto a condizioni diverse.

Senonché, la pratica dell'*overbooking* appare espressamente presa in considerazione dal reg. CE n. 261/2004, il cui art. 4 disciplina la fattispecie del negato imbarco di passeggeri non consenzienti – fattispecie tradizionalmente legata al fenomeno dell'*overbooking* ⁽⁴⁴⁾ – prevedendo l'applicazione di talune misure a tutela degli utenti, senza tuttavia negare *tout court* l'ammissibilità del ricorso alla partica della sovrapprenotazione da parte dei vettori.

In relazione alla richiamata disciplina deve evidenziarsi come la stessa, a differenza del previgente e ormai abrogato reg. CEE n. 295/1991, non contenga alcun esplicito riferimento al fenomeno dell'*overbooking*. Con l'adozione del reg. CE n. 261/2004, infatti, il legislatore europeo ha ampliato la nozione di «negato imbarco» (art. 2, lett. *j*), riconducendo in essa

Milano, 1999, p. 159 ss.; DEIANA, *Responsabilità del vettore per negato imbarco e ritardo*, in *Atti del Convegno Aeroporti e responsabilità*, Cagliari, 24-25 ottobre 2003, Cagliari, 2005, p. 113 ss.; TURCO BULGHERINI, voce *Negato imbarco*, in *Diritto della navigazione*, a cura di Deiana, Milano, 2010, p. 261.

⁽⁴³⁾ Cfr. VADALÀ, *L'overbooking quale pratica commerciale sleale*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, cit., p. 311 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. il previgente reg. CEE n. 295/1991, il quale stabiliva le norme minime uniformi applicabili all'ipotesi di negato imbarco dei passeggeri su un volo di linea sovrapprenotato in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro.

tutte quelle ipotesi in cui, con atto unilaterale, il vettore aereo rifiuti l'imbarco ad uno o più passeggeri muniti di prenotazione confermata su un determinato volo, per ragioni non connesse con la condotta o la persona del passeggero cui è rifiutato l'accesso all'aeromobile ⁽⁴⁵⁾.

L'estensione della portata della nozione, ad ogni modo, non consente di affermare la totale irrilevanza del fenomeno in parola, ai fini che qui interessano, in quanto quest'ultimo pur restando sullo sfondo si pone comunque come causa tipica (e senza dubbio più frequente) del negato imbarco. Circostanza indubbiamente presa in considerazione dal legislatore europeo, il quale, nel constatare che nonostante l'adozione del reg. CEE n. 295/1991 «il numero di persone non consenzienti a cui viene negato l'imbarco continua ad essere eccessivamente elevato» ⁽⁴⁶⁾, non ha comunque ritenuto opportuno stabilire un esplicito e generale divieto alla prassi della sovrapprenotazione ⁽⁴⁷⁾. Al contrario, tale pratica è stata in un certo senso «istituzionalizzata» ⁽⁴⁸⁾, mediante la predisposizione di apposite misure volte ad attenuare le conseguenze pregiudizievoli da essa scaturenti, così tutelando i passeggeri che ne sono vittima.

Sul punto merita peraltro di essere compiuta in via d'inciso un'ulteriore precisazione. A mente dell'art. 12 reg. CE n. 261/2004 ai passeggeri è garantito il diritto di agire in giudizio, in forza di una normativa diversa dal reg. CE, al fine di ottenere il risarcimento del danno che gli stessi abbiano eventualmente subito a causa del negato imbarco, indipendentemente dal fatto che questi abbiano o meno fruito delle misure di protezione previste dal regolamento medesimo. Da ciò, in particolare, si ricava che la normativa europea non va ad incidere sul regime di responsabilità del vettore aereo, così come disciplinato dalla normativa internazionale o nazionale concretamente applicabile. Sicché, sul piano contrattuale, la pratica dell'*overbooking* non potrebbe comunque considerarsi di per sé stessa lecita ⁽⁴⁹⁾ e, quindi, sottratta alla disciplina generale in materia di inadempim-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Corte UE, 4 ottobre 2012, causa C-22/11, punti 20 ss. e Corte UE, 4 ottobre 2012, causa C-321/11, punti 23 ss., con nota di VERNIZZI, *Precisazioni e (ulteriori) significativi ampliamenti della nozione di «negato imbarco»*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 787 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. il *Considerando* n. 3 del reg. CE n. 261/2004.

⁽⁴⁷⁾ Per le ragioni che giustificano una simile opzione legislativa, v. FANARA, *L'overbooking*, cit., p. 149 s.; nonché in una prospettiva giuseconomica, v. IZZI, *La tutela della persona nel caso di overbooking. I limiti di ammissibilità del danno da noia*, in *Studi su: negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, a cura di Deiana, cit., p. 224.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. COMENALE PINTO, *Considerazioni in tema di sovrapprenotazione*, cit., p. 168.

⁽⁴⁹⁾ Così invece MAGGILOLO, *Overbooking, ritardo e cancellazione del volo: contratto, compensazione, responsabilità*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 919; FRANCESCHELLI, *Turi-*

mento, allorché in particolare la medesima si traduca in un negato imbarco del passeggero, con conseguente mancata o ritardata esecuzione della pattuita prestazione di trasferimento ⁽⁵⁰⁾.

A tal proposito deve peraltro notarsi come il diritto al risarcimento del danno in virtù del citato art. 12 sia escluso per i passeggeri che, ai sensi dell'art. 4, par. 1, reg. CE, rinuncino volontariamente alla propria prenotazione in cambio di specifici benefici concordati con il vettore aereo, e ciò a prescindere dalla motivazione che giustifica il rifiuto all'imbarco sul volo da questi originariamente prenotato.

In definitiva, dunque, guardando alla *ratio* sottesa all'intervento normativo posto in essere prima con il reg. CEE n. 295/1991 e poi con il reg. CE n. 261/2004, nonché alla conformazione degli obblighi gravanti sulle compagnie aeree rispetto alla fattispecie del negato imbarco, appare chiaro che il legislatore europeo, nel perseguire il proprio obiettivo di tutela dei passeggeri, non abbia inteso privare le imprese di navigazione aerea di uno strumento operativo di pianificazione gestionale che, per quanto potenzialmente foriero di conseguenze pregiudizievoli per gli utenti, conserva comunque una propria utilità pratica ed economica per il comparto dell'aviazione civile. Si noti peraltro come, alla luce del *considerando* n. 1 del vigente reg. CE n. 261/2004, possa senz'altro ritenersi che, nel predisporre la richiamata disciplina, il legislatore eurounitario abbia adeguatamente preso in considerazione altresì le «esigenze in materia di protezione dei consumatori in generale».

Alla luce di tali considerazioni, con riguardo alla specifica questione qui presa in esame, sembrerebbe quindi possibile affermare che debba essere la disciplina da ultimo richiamata a dover prevalere su quella dettata dal codice del consumo in attuazione della dir. 2005/29/CE, dovendosi escludere che possa considerarsi scorretta *ex art. 20 c. cons.* la pratica dell'*overbooking* posta in essere da una compagnia aerea nel rispetto delle tutele apprestate dal citato regolamento europeo.

simo e trasporto aereo (da passeggero a passeggero turista), in XXXIV *Jornadas latinoamericanas de derecho aeronáutico y espacial*, a cura di Folchi, Comenale Pinto, La Torre, Morandi e Tranquilli-Leali, Padova, 2010, p. 546; CARNIMEO, *La tutela del passeggero nell'era dei vettori low cost*, cit., p. 78.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. COMENALE PINTO, *Considerazioni in tema di sovraprenotazione*, cit., p. 161; DEIANA, *Riflessioni sulla sovraprenotazione nel trasporto aereo*, in *Studi su: negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 30; BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., p. 195 - 196.

Ciò non toglie tuttavia che, oltre a rispettare le specifiche prescrizioni contenute nel reg. CE n. 261/2004, il vettore sia altresì tenuto ad informare preventivamente e in maniera adeguata gli utenti dei diritti loro riconosciuti qualora si verifichi un'ipotesi di negato imbarco (anche a seguito di *overbooking*), agevolandone (e non rendendone più gravoso) con la propria condotta l'eventuale esercizio, in conformità alla diligenza professionale che è lecito aspettarsi da un qualsiasi operatore di settore.

6. – Passando al secondo dei quesiti formulati in chiusura del § 4, deve infatti escludersi, in via generale e senz'alcuna ombra di dubbio, che l'esistenza di una normativa di settore (come quella relativa al trasporto di persone qui presa in esame) possa condurre ad una generalizzata disapplicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ⁽⁵¹⁾.

D'altro canto, non è detto che le discipline testé citate debbano necessariamente porsi in contrasto, nel senso che si è più sopra precisato. Anzi, in una prospettiva per così dire fisiologica, tra le stesse può ravvisarsi per lo più un rapporto di reciproca integrazione e specificazione (anziché di esclusione). Prospettiva che trova peraltro ampio riscontro nell'ambito delle linee guida della Commissione europea sull'attuazione e applicazione della dir. 2005/29/CE ⁽⁵²⁾.

Una conferma di quanto affermato, con riguardo alla disciplina dedicata al settore dei trasporti, e alla tutela dei diritti dei passeggeri in particolare, la si può facilmente ricavare osservando come integri un'omissione ingannevole, ai sensi dell'art. 22, ult. cpv., c. cons., la condotta del professionista che ometta di fornire (o fornisca in modo oscuro o ambiguo) informazioni che lo stesso professionista è obbligato ad inserire nei messaggi pubblicitari e nelle comunicazioni commerciali in forza di apposite prescrizioni settoriali di diritto europeo derivato (come ad es. l'art. 23 reg. CE n. 1008/2008 relativo alla trasparenza delle tariffe aeree).

In tal senso, nel caso di un invito all'acquisto di un servizio di trasporto aereo, il professionista non è obbligato soltanto a fornire in modo

⁽⁵¹⁾ Cfr. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d'impresa*, cit., p. 302 – 303; MEO, *Antitrust e Autorità di settore. Evoluzioni in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di Di Cataldo, Meli e Pennisi, t. II, p. 1106 – 1107.

⁽⁵²⁾ Cfr. il documento di lavoro dei servizi della Commissione europea «Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali», SWD(2016) 163 *final*, che accompagna la Comunicazione della Commissione «Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa», COM(2016) 320.

adeguato ai consumatori le informazioni indicate come rilevanti ai sensi dell'art. 22, comma 4, c. cons., ma è altresì tenuto ad osservare l'obbligo informativo prescritto dal citato art. 23 reg. CE, a mente del quale all'acquirente deve esse indicato in modo evidente, sin dall'inizio del procedimento di prenotazione, il prezzo complessivo da pagare per il servizio offerto, insieme alla specifica indicazione delle singole voci che concorrono alla sua composizione (come ad. es. tasse, diritti aeroportuali ed eventuali supplementi) ⁽⁵³⁾.

In questi termini, deve pertanto ammettersi la possibilità di una contestuale applicazione di entrambe le discipline, riconoscendo come le stesse possano operare congiuntamente, senza escludersi l'un l'altra.

D'altronde, alla stregua di un'interpretazione letterale delle disposizioni contenute nella dir. 2005/29/CE e nella normativa di recepimento interno, neppure sembra possibile sostenere che a fronte dell'esistenza di una normativa settoriale consegua una completa esautorazione dell'operatività della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

Il par. 4 dell'art. 3 della direttiva, così come il comma 3 dell'art. 19 c. cons., infatti, limita la prevalenza della normativa di settore ai soli aspetti specifici da essa espressamente regolati, lasciando implicitamente intendere che per quegli aspetti non regolati continui a trovare applicazione la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette, che andrebbe così sostanzialmente a colmare le eventuali lacune della normativa settoriale ⁽⁵⁴⁾.

Pur in presenza di quest'ultima, dunque, la disciplina posta dalla dir. 2005/09/CE continuerebbe ad operare quale «*safety net*» – efficace espressione impiegata nelle citate linee guida della Commissione europea –, sì da garantire nell'ambito di tutti i settori economici un comune ed elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali scorrette ⁽⁵⁵⁾.

Cosicché, a titolo esemplificativo, sebbene nulla sia previsto dalla normativa di settore, potrà comunque essere considerato scorretto e quindi sanzionato – a seconda dei casi, rispettivamente, ai sensi degli artt. 21, comma 1, lett. *b*) o 22, comma 4, lett. *a*), c. cons. –, il comportamento del vettore che fornisca in modo oscuro o ambiguo (ovvero ometta) informa-

⁽⁵³⁾ Cfr. il documento citato alla nota precedente, SWD(2016) 163 final, p. 17 s.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. le conclusioni dell'Avv. generale CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, 31 maggio 2018, cause riunite C_54/17 e C_55/17, AGCM c. *Wind Tre spa e Vodafone Italia spa*, punti 98-99 e 107.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. SWD(2016) 163 final, cit., p. 14.

zioni rilevanti con riguardo alle caratteristiche principali del volo (quali l'identità del vettore che materialmente eseguirà il trasporto, l'esistenza di eventuali scali intermedi ovvero l'esatta indicazione del luogo di destinazione, così come avviene ad es. quando è indicato il nome di una grande città, anche se l'aeroporto d'arrivo è in realtà ubicato a svariati chilometri di distanza dalla medesima).

Nello stesso senso, con riguardo alle specifiche prescrizioni contenute nei regolamenti eurolunitari, potrà essere qualificata in termini di pratica commerciale aggressiva, ai sensi dell'art. 24 c. cons., la condotta eventualmente posta in essere da una compagnia di trasporto che sia volta a rendere più difficoltoso l'esercizio dei diritti dei passeggeri, anche laddove la medesima condotta non integri violazione di alcuna disposizione dei citati regolamenti ⁽⁵⁶⁾.

Alcuni esempi concreti di come la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette possa concorrere ad innalzare il livello di tutela dei passeggeri-consumatori, colmando le lacune della relativa disciplina di settore, possono altresì ricavarsi dall'analisi dei numerosi provvedimenti adottati dall'AGCM con riguardo al settore del trasporto aereo.

In particolare, sebbene il reg. CE n. 261/2004 preveda soltanto un dovere di informazione in ambito aeroportuale a carico delle compagnie di navigazione (*ex art. 14*), l'AGCM ha nondimeno ritenuto che, alla luce dei doveri professionali di corretta e completa informazione derivanti dal codice del consumo, nell'ambito dei doveri di diligenza professionale del vettore aereo, anche in considerazione della particolare tipologia del servizio reso, rientri altresì quello di fornire una adeguata ed esaustiva informazione preventiva degli utenti in merito ai diritti loro riconosciuti dalla normativa eurolunitaria.

Conseguentemente, il professionista che omette di riportare in maniera adeguata nel proprio sito Internet, per modalità grafica e completezza di contenuto, le informazioni concernenti i diritti riconosciuti ai passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione e ritardo prolungato del volo pone in essere una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20 e 22, commi 1, 2 e 5 c. cons. ⁽⁵⁷⁾.

In tal senso, a fronte di una normativa di settore che prevede un dovere di informazione non particolarmente incisivo, l'impostazione accolta dall'AGCM, confermata peraltro anche dalla giurisprudenza ammi-

⁽⁵⁶⁾ Cfr. nello stesso senso PERUGINI, *ART: il rapporto con AGCM*, cit., p. 112.

⁽⁵⁷⁾ V. provv. AGCM 11 giugno 2009, n. 19953, cit.

nistrativa ⁽⁵⁸⁾, fa sì che attraverso la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si realizzi una migliore diffusione della conoscenza dei «diritti dei passeggeri» tra la generalità degli utenti, ai quali è così consentito averne immediata consapevolezza sin dalla fase iniziale del rapporto contrattuale.

Ancora più emblematica, ai fini esemplificativi che qui ci si propone, appare la valutazione in termini di scorrettezza operata dall'AGCM con riguardo alle concrete modalità di attuazione delle politiche di contrasto al fenomeno del c.d. *no show* da parte delle imprese di navigazione aerea. Fenomeno che si verifica allorquando i passeggeri, che hanno acquistato un servizio di trasporto «andata e ritorno» o multitratta, non usufruiscono, per una qualsiasi ragione, del primo dei voli ricompresi nel singolo biglietto.

La c.d. *no show rule* è una regola tariffaria comunemente e da tempo inserita nelle condizioni generali di contratto, impiegate su scala nazionale e internazionale, in forza della quale, nel caso di omessa presentazione all'imbarco, il passeggero subisce l'automatico annullamento del volo di ritorno o in successiva coincidenza oppure, in alternativa, il ricalcolo della tariffa originariamente corrisposta per l'acquisto della tratta oggetto di fruizione parziale.

Il più delle volte, peraltro, tale pratica commerciale è applicata senza che, al momento in cui viene effettuato l'acquisto del servizio di trasporto, sia fornita ai passeggeri un'adeguata informazione in merito al funzionamento della *no show rule*. La stessa è stata, dunque, in più di un'occasione reputata in contrasto con la diligenza professionale dall'AGCM, la quale ha in essa ravvisato profili di ingannevolezza ed aggressività a danno delle scelte commerciali operate dai consumatori ⁽⁵⁹⁾.

L'Autorità ha in particolare ritenuto che l'applicazione delle politiche commerciali di contrasto al fenomeno del *no show* non possano pregiudicare il legittimo affidamento del consumatore nella possibilità di disporre separatamente dei servizi acquistati, allorquando gli stessi si prestino per loro natura ad essere utilizzati anche in modo parziale, come nell'ipotesi in cui il passeggero abbia acquistato, mediante la conclusione di un unico contratto di trasporto, un volo di andata e ritorno o più voli in coincidenza verso una predeterminata destinazione.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Cons. Stato, 30 giugno 2011, n. 3897, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, p. 2118.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. i provv. citati *supra* nt. 35.

In questa prospettiva, si è dunque affermata l'ingannevolezza della condotta tenuta dall'impresa di navigazione aerea che, all'atto ad es. dell'acquisto *online* del biglietto, non fornisca un'adeguata specificazione delle caratteristiche del servizio offerto, il quale in ragione dell'applicazione della *no show rule* comporta stringenti limitazioni nella fruibilità dei voli, imponendone il necessario impiego sequenziale.

Segnatamente, l'ingannevolezza della pratica è riconnessa alla circostanza che, al momento dell'acquisto del servizio di trasporto, non è data opportuna evidenza alle conseguenze che discendono dal mancato utilizzo di una delle tratte ricomprese nel biglietto, quali l'automatica cancellazione del volo successivo ovvero maggiori oneri al fine di poterne comunque usufruire.

Di conseguenza, una simile condotta tenuta dalla compagnia aerea è reputata idonea a indurre in errore il consumatore, le cui scelte economiche sono inevitabilmente falsate dalla mancata ponderazione del rischio cui il medesimo si espone acquistando quella predeterminata tipologia di volo, anziché altra, eventualmente più adeguata alle proprie flessibili e personali esigenze di viaggio.

Nello stesso senso, si è affermata l'aggressività della pratica in esame, laddove all'applicazione della *no show rule* non si accompagni, da un lato, la previsione a favore del passeggero di un diritto al rimborso di quanto pagato per il servizio di trasporto annullato ad iniziativa del professionista e, dall'altro, la previsione di un'apposita procedura intesa a garantire al passeggero, previa informazione del vettore secondo chiare e precise tempistiche, di poter usufruire del solo volo successivo, rispetto a quello viceversa rimasto inutilizzato, senza per questo incorrere in un obbligatorio adeguamento tariffario ovvero al pagamento di maggiori oneri.

In tale contesto, merita di essere rilevato come il più volte citato reg. CE n. 261/2004, in materia di tutela dei diritti dei passeggeri aerei, nella sua attuale formulazione non contempli alcuna regola specifica con riguardo alla c.d. *no show rule*, sebbene la sua generalizzata applicazione sia suscettibile di arrecare gravi pregiudizi agli utenti, spesso esposti al rischio di apprendere soltanto in aeroporto dell'annullamento del proprio titolo di viaggio, con conseguente negato imbarco, a causa del mancato utilizzo del volo di andata ovvero di un precedente volo in coincidenza.

Alla luce del vigente dato normativo, il quale si mostra in tal senso lacunoso, al verificarsi di simili circostanze gli utenti non ricevono pressoché alcuna tutela. Quest'ultimi sono infatti costretti a subire le conseguenze dell'applicazione della citata condizione contrattuale unilateralmente imposta dal vettore aereo, senza che sia data loro la possibilità di invocare

l'applicazione dell'art. 4 reg. CE, non ricorrendo in tal caso un'ipotesi di negato imbarco rilevante ai fini del regolamento medesimo ⁽⁶⁰⁾.

A tal riguardo, tuttavia, può positivamente constatarsi come alla menzionata lacuna, che oggi appare efficacemente colmata per il medio dell'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, grazie soprattutto al sollecito intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, tenda a dare concreta risposta altresì la proposta di revisione del reg. CE n. 261/2004, presentata nel 2013 dalla Commissione europea ⁽⁶¹⁾, la quale prevede espressamente un generale divieto della c.d. *no show policy*, quantomeno con riguardo all'ipotesi in cui il passeggero abbia acquistato, con un unico biglietto, un viaggio di andata e ritorno verso una determinata destinazione.

In conclusione, dunque, l'introduzione di un simile divieto, il quale invero meriterebbe di essere esteso anche alle ipotesi in cui l'utente abbia acquistato un servizio di trasporto che preveda una pluralità di voli in coincidenza tra loro, appare essere la tangibile dimostrazione di come le due normative possano operare sinergicamente, essendo la normativa di settore e quella sulle pratiche commerciali scorrette tra loro in certa misura complementari.

7. – Infine, in una diversa prospettiva rispetto a quella sinora esaminata, la quale è peraltro supportata anche da un recente parere reso all'AGCM da parte dell'Autorità di regolazione dei trasporti ⁽⁶²⁾, sembrerebbe potersi riconoscere alla stessa disciplina di settore una particolare «*vis espansiva*», ancora una volta per il medio della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, a vantaggio di una più ampia tutela degli interessi dei passeggeri.

⁽⁶⁰⁾ Ai sensi dell'art. 2, lett. *f*), reg. CE n. 261/2004 la fattispecie del negato imbarco viene definita come il rifiuto del vettore di trasportare uno o più passeggeri su di un determinato volo (sebbene questi ne abbiano diritto, essendosi presentati all'imbarco *nel rispetto delle condizioni previste dal vettore aereo* o comunque entro quarantacinque minuti prima dell'ora di partenza del volo, cfr. art. 3, par. 2, reg. cit.), salvo il caso in cui vi siano «ragionevoli motivi per negare loro l'imbarco, quali ad es. motivi di salute o di sicurezza ovvero *documenti di viaggio inadeguati*».

⁽⁶¹⁾ Cfr. la proposta di reg. 13 marzo 2013, COM(2013) 130 def., cit., *supra* nt. 11.

⁽⁶²⁾ V. Parere n. 6/2017 dell'Autorità di regolazione dei trasporti (i provvedimenti dell'Autorità sono consultabili in www.autorita-trasporti.it/pareri), reso ai sensi dell'art. 27, comma 1 *bis*, c. cons. nell'ambito del procedimento per pratiche commerciali scorrette avviato dalla AGCM nei confronti di ATAC s.p.a. e conclusosi con il provv. AGCM 25 luglio 2017, n. 26710, cit. *supra* nt. 37.

Segnatamente, occorre innanzitutto rilevare come le disposizioni contenute nei richiamati provvedimenti europei contribuiscano a delineare (e, al contempo, ad innalzare) in certa misura lo *standard* di comportamento che, in relazione alle distinte modalità di trasporto, il vettore-professionista è tenuto ad osservare nell'ambito dell'esercizio della propria attività commerciale nei confronti degli utenti-consumatori, affinché gli stessi possano assumere decisioni libere, consapevoli e informate.

Si pensi ad es. agli obblighi informativi posti dal reg. CE n. 1371/2007, il quale pone a carico della compagnia ferroviaria l'obbligo di rendere pubbliche, «con mezzi adeguati e prima di attuarle, le decisioni di sopprimere determinati servizi» (art. 7), nonché, ove il passeggero ne faccia richiesta, di fornire prima dell'inizio dell'esecuzione della prestazione le informazioni indicate nell'allegato II, parte I, del reg. CE, comprese le cause che potrebbero «interrompere o ritardare il servizio di trasporto» (art. 8). Qualora poi si verifichi un impedimento nell'esecuzione della prestazione di trasferimento, le imprese ferroviarie sono tenute a darne informazione ai passeggeri, informando non appena possibile i medesimi del nuovo orario previsto per la partenza e l'arrivo (art. 18).

Si tratta di previsioni che chiaramente rispondono all'esigenza di garantire ai passeggeri la possibilità di compiere tempestivamente, in modo adeguato e consapevole, la scelta relativa alle modalità di trasporto da utilizzare, individuando quella che appare più conveniente o vantaggiosa, e a valle la scelta sull'attivazione o meno delle misure di protezione ad essi riconosciute dalla normativa europea (v. in particolare il diritto al rimborso di una percentuale del prezzo del biglietto, *ex art.* 17, e il diritto all'assistenza di cui all'art. 18 reg. CE n. 1371/2007).

Costituisce peraltro un dato di comune esperienza che, con riguardo al settore dei trasporti, le scelte economiche dei passeggeri sono influenzate in maniera determinante dal tempo richiesto per effettuare lo spostamento e dalla probabilità che il medesimo si dilati a causa di ritardi o soppressioni dei servizi.

In tal senso, dunque, anche alla luce delle disposizioni testé citate, può ritenersi che risponda ad un comune *standard* di diligenza che il professionista fornisca in ogni caso informazioni di tale natura agli utenti, quando le stesse siano nella sua disponibilità.

Conseguentemente, andando ad incidere in via generale sul grado di competenza e attenzione che i passeggeri possono ragionevolmente attendersi dal c.d. vettore-modello in relazione ai diversi tipi di trasporto (aereo, ferroviario, navale e per autobus), le medesime disposizioni dei regolamenti europei potrebbero essere assunte a parametro di valutazione della

correttezza/scorrettezza della condotta in concreto posta in essere dal professionista, anche al di là dell'ambito di operatività tracciato dai singoli provvedimenti normativi (*id est* nei confronti di imprese che non siano direttamente destinatarie delle prescrizioni *ivi* contenute).

8. – Affermata la complementarità delle discipline in parola e la loro contestuale applicabilità, il quesito più delicato e controverso che si pone in relazione al tema in esame riguarda quelle ipotesi in cui la condotta del vettore-professionista integri una pratica commerciale scorretta e risulti allo stesso tempo in contrasto con una o più prescrizioni contenute nei regolamenti a tutela dei diritti dei passeggeri.

Si pensi, come caso più emblematico, all'ipotesi in cui le imprese di trasporto non adempiano agli obblighi informativi imposti dalla normativa europea di settore, omettendo di fornire informazioni suscettibili di influenzare in modo decisivo le scelte di natura commerciale dei passeggeri (così ad es. spingendo gli utenti a non esercitare o ad esercitare soltanto alcuni dei diritti loro riconosciuti dai regolamenti a fronte del verificarsi di un determinato impedimento all'esecuzione della prestazione di trasferimento).

In queste ipotesi, esattamente come negli altri settori regolamentati, si pone il problema di stabilire a chi spetti la potestà sanzionatoria tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e i designati Organismi nazionali di controllo (ENAC e Autorità per la regolazione dei trasporti), competenti a vigilare sull'applicazione dei singoli regolamenti europei.

La soluzione del quesito da ultimo proposto si impone al fine di evitare che, a fronte di una medesima e unitaria condotta, possano essere irrogate una pluralità di sanzioni amministrative pecuniarie, in violazione del principio del *ne bis in idem*.

Se in passato a tale quesito potevano essere fornite risposte divergenti sul piano interpretativo, non rinvenendosi un'esplicita previsione normativa in materia ⁽⁶³⁾, oggi il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 c. cons. è destinato a trovare applicazione anche nell'ambito del settore dei trasporti, dettando un criterio generale di ripartizione delle competenze tra Autorità garante della concorrenza e singole Autorità di settore ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ Cfr. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 688 ss.; FUSARO, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 2013, 7, p. 29 ss.; TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e disciplina di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 953 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. PERUGINI, *ART: il rapporto con AGCM e altri enti nazionali e territoriali*, cit., p. 116.

In tal senso, dunque, può affermarsi che, tutte le volte in cui la condotta di un'impresa di navigazione sia al contempo contraria alle prescrizioni contenute nei regolamenti sui diritti dei passeggeri e integri gli estremi di una pratica commerciale scorretta, spetterà in via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza irrogare le sanzioni previste dall'art. 27 c. cons.

Diversamente, nei casi in cui la violazione non integri una pratica commerciale scorretta, spetterà agli Organismi di controllo irrogare le sanzioni previste dai decreti legislativi recanti la disciplina sanzionatoria per le violazioni dei regolamenti europei.

9. – Se in linea teorica il criterio individuato dal nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 c. cons. appare senz'altro idoneo a fare chiarezza sulle rispettive competenze sanzionatorie delle diverse Autorità di vigilanza, è chiaro che lo stesso può funzionare soltanto ove vi sia una stretta cooperazione tra le medesime *Authorities*.

In tale contesto, l'Autorità garante della concorrenza e l'Autorità per la regolazione dei trasporti, nell'agosto del 2014, hanno stipulato un protocollo d'intesa al fine di coordinare la propria attività istituzionale, impegnandosi peraltro alla reciproca segnalazione dei casi in cui, nell'ambito di procedimenti di rispettiva competenza, emergano ipotesi di violazione di norme alla cui applicazione sia eventualmente preposta l'altra Autorità⁽⁶⁵⁾.

In particolare, dall'analisi di alcuni recenti provvedimenti adottati in relazione a casi nei quali è possibile riscontrare la contestuale violazione di talune prescrizioni contenute nei regolamenti europei e del generale divieto di pratiche commerciali scorrette, sembrerebbe potersi ricavare quale criterio operativo di riparto, autoimposti dalle citate Autorità, quello di riservare all'Autorità garante per la concorrenza le condotte che abbiano un'effettiva incidenza sul mercato, in quanto idonee a falsare in via generalizzata il comportamento economico dei consumatori, lasciando viceversa alla competenza degli Organismi di controllo le ipotesi relative a condotte poste in essere nei confronti di singoli consumatori in relazione ad uno specifico rapporto contrattuale.

In questa prospettiva, ad es., l'Autorità garante della concorrenza ha recentemente sanzionato il vettore *low cost* Ryanair, contestando a quest'ultimo di aver posto in essere una pratica commerciale ingannevole, per

⁽⁶⁵⁾ Cfr. il Protocollo d'intesa AGCM – ART del 27 agosto 2014, consultabile in www.autorita-trasporti.it/protocolli-dintesa.

non aver adeguatamente informato i passeggeri dei diritti riconosciuti dal reg. CE n. 261/2004 in occasione delle cancellazioni dei voli operate nei mesi di settembre e ottobre 2017 ⁽⁶⁶⁾.

Segnatamente, la condotta tenuta da Ryanair è parsa suscettibile di falsare il comportamento del consumatore-passeggero che, tratto in errore in merito ai diritti riconosciutigli dal regolamento eurounitario, può essere indotto a non chiedere al vettore il versamento della c.d. compensazione pecuniaria, prevista dal citato regolamento, pur avendone pienamente titolo.

È da notarsi come la descritta condotta sia altresì astrattamente idonea ad integrare una violazione del puntuale obbligo informativo che l'art. 14 reg. CE pone in capo ai vettori nelle ipotesi di cancellazione del volo. L'AGCM ha però ritenuto che, nel caso di specie, la pratica contestata non si esaurisse in una mera violazione di specifiche prescrizioni della normativa eurounitaria, ponendosi piuttosto in contrasto con i canoni di diligenza professionale cui il vettore deve attenersi, avuto riguardo in particolare alle modalità attraverso cui i consumatori sono informati in merito ad alcuni elementi rilevanti della condotta commerciale concretamente posta in essere.

In un caso in parte analogo, ma relativo al settore del trasporto navale, nell'agosto del 2017, viceversa, l'Autorità di regolazione dei trasporti ha adottato un provvedimento sanzionatorio nei confronti della società Grandi Navi Veloci sulla base del d.lgs. 129 del 2015 recante la disciplina sanzionatoria per le violazioni del reg. UE n. 1177/2010 ⁽⁶⁷⁾.

Il vettore è stato sanzionato per non aver informato i passeggeri della ritardata partenza della nave nei termini prescritti dal regolamento europeo e per non aver offerto ai medesimi l'alternativa tra il rimborso del prezzo e la prosecuzione del viaggio con un mezzo alternativo.

Con riferimento all'accennata condotta, merita di essere rilevato come, a fronte della mancata informazione da parte della compagnia di navigazione, i passeggeri non siano stati posti in grado di compiere una scelta consapevole in merito all'esercizio dei diritti loro riconosciuti dalla normativa eurounitaria, risultando così il loro comportamento economico nel caso di specie indebitamente condizionato dall'omissione imputata al vettore.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. il provv. AGCM 29 maggio 2018, n. 27191, cit., *amplius supra* nt. 36.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Delibera ART 3 agosto 2017, n. 106 (consultabile in www.autorita-trasporti.it/delibere).

Conseguentemente, può osservarsi come ove la medesima condotta fosse stata attuata in maniera ripetuta, così come accaduto per il caso che ha riguardato la Ryanair (il quale, nel solo mercato italiano, ha riguardato più di centomila passeggeri), si sarebbe dovuto indubbiamente concludere nel senso del ricorrere di una pratica commerciale ingannevole. Sicché, in questa prospettiva, l'unico aspetto che in un certo senso sembra giustificare l'irrogazione delle relative sanzioni da parte dell'Autorità per la regolazione dei trasporti, anziché dell'Autorità garante della concorrenza, è il rilievo per cui si è trattato di una condotta essenzialmente isolata.

Tale affermazione trova peraltro conferma dall'analisi del regolamento sulle procedure istruttorie dell'Autorità garante della concorrenza, ove è prevista l'«archiviazione per manifesta inidoneità (...) della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio al quale è diretta, anche in ragione della dimensione minima (...) della localizzazione circoscritta di una pratica», nonché il «non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità» (68).

Se ne ricava dunque che, nel settore del trasporto di persone, la potestà sanzionatoria spetta agli Organismi di controllo, anziché all'AGCM, tutte le volte in cui la condotta che si pone in contrasto con le prescrizioni contenute nei regolamenti sui diritti dei passeggeri non integri una pratica commerciale scorretta, in quanto carente dei presupposti previsti dal codice del consumo, ovvero, pur risultando astrattamente integrante una pratica commerciale scorretta, sia stata tenuta *una tantum* ovvero non abbia assunto una diffusione o portata tale da incidere in misura rilevante sul funzionamento del mercato, in quanto inidonea a falsare in via generalizzata il comportamento economico dei consumatori.

Orbene, se per un verso l'enucleato criterio di riparto operativo appare senz'altro coerente – e pure apprezzabile – in un'ottica di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, l'unico dubbio che potrebbe in astratto sollevarsi nei confronti del medesimo criterio è come quest'ultimo possa conciliarsi con quanto recentemente affermato dalla Corte di giustizia nella pronuncia del 16 aprile 2015, resa nella causa 388/13, *UPC Magyarország*.

(68) Cfr. Delibera AGCM 1° aprile 2015, n. 25411, recante il «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie» (in *GU* n. 94 del 23 aprile 2015).

Secondo la Corte, infatti, «la circostanza che la condotta del professionista coinvolto sia tenuta una sola volta e abbia interessato un solo consumatore è del tutto irrilevante» ai fini della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ⁽⁶⁹⁾.

D'altro canto, sussistendo i presupposti di cui agli artt. 20 ss. c. cons., nulla impedisce di qualificare come pratica commerciale scorretta anche la condotta che il professionista pone in essere *una tantum* nei confronti di singoli consumatori ⁽⁷⁰⁾, con conseguente attrazione anche in tali ipotesi della competenza sanzionatoria in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La preoccupazione cui la Corte di giustizia ha inteso dare risposta con la pronuncia testé citata è chiaramente quella di evitare la creazione di spazi di sostanziale impunità per il professionista che, in maniera sporadica e saltuaria, ponga in essere nei confronti di singoli clienti comportamenti in contrasto con il generale divieto di pratiche commerciali scorrette, lasciando così i consumatori coinvolti sostanzialmente privi di adeguata tutela.

Con riguardo a tale aspetto, deve rilevarsi come una simile preoccupazione non si ponga con riferimento alle ipotesi qui prese in esame, in quanto le singole condotte non attratte alla competenza sanzionatoria dell'AGCM, in quanto in contrasto con le specifiche prescrizioni contenute nei menzionati regolamenti eurounitari, potranno comunque essere adeguatamente sanzionate dai competenti Organismi di controllo (ENAC e ART), mediante applicazione delle pertinenti sanzioni amministrative.

⁽⁶⁹⁾ Corte UE, 16 aprile 2015, causa C-388/13, *UPC Magyarország*, punti 41 ss.

Nel caso di specie, un consumatore, interessato ad esercitare il diritto di recesso da un contratto stipulato con una società di fornitura di servizi TV via cavo, aveva ricevuto dal professionista un'erronea informazione in merito alla durata del proprio abbonamento, andando così incontro a spese aggiuntive che lo stesso avrebbe viceversa voluto evitare.

Con riferimento alla fattispecie in esame, la Corte di giustizia ha statuito che la dir. 2005/29/CE dev'essere interpretata nel senso che la comunicazione, da parte di un professionista a un consumatore, di un'informazione errata, dev'essere qualificata come «pratica commerciale ingannevole», ai sensi della citata direttiva, anche qualora tale comunicazione abbia riguardato *un solo* consumatore.

⁽⁷⁰⁾ In tal senso, v. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d'impresa*, cit., p. 262 s.

Si esprimono viceversa a favore di un'interpretazione restrittiva, AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 11; LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 881 – 882; SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di Bedogni e Barucci, t. II, Torino, 2010, p. 1223 ss.

Il criterio di riparto operativo individuato dalle *Authorities* appare dunque avere piena tenuta anche rispetto all'orientamento assunto dalla Corte di giustizia nella sentenza *UPC Magyarország*.

Infine, se nessun problema di compatibilità dell'art. 27, comma 1 *bis* c. cons. si pone rispetto alla dir. 2005/29/CE, così come chiaramente statuito dalla Corte di giustizia nella causa *AGCM c. Wind Tre spa e Vodafone Italia spa* ⁽⁷¹⁾, in una diversa prospettiva non è ugualmente possibile affermare che la regola in parola si ponga in contrasto con le disposizioni contenute nei regolamenti europei.

Quest'ultimi infatti rimettono alla discrezionalità dei singoli Stati membri l'individuazione dell'organismo nazionale responsabile dell'applicazione della disciplina europea. Pertanto, ciò che realmente rileva, nella sostanza, è che sia garantita l'effettività della tutela degli interessi dei passeggeri.

Conseguentemente, non può in alcun modo suscitare perplessità il fatto che la relativa competenza sanzionatoria, quando la violazione dei regolamenti integra altresì una pratica commerciale scorretta, sia attratta in capo all'Autorità garante per la concorrenza, anziché in capo agli Organismi di controllo.

D'altronde, in simili ipotesi, alla luce della rilevata natura pressoché irrisoria delle sanzioni previste dall'ordinamento italiano per contrastare le violazioni dei regolamenti europei, la competenza dell'AGCM appare non solto opportuna, bensì imposta dalla necessità di rispettare il principio di effettività delle sanzioni, previsto dall'art. 13 dir. 2005/29/CE.

Una diversa soluzione finirebbe, infatti, per pregiudicare irrimediabilmente l'effettività stessa del divieto delle pratiche commerciali scorrette, essendo le sanzioni astrattamente irrogabili dall'Autorità di regolazione dei trasporti e dall'ENAC prive di qualsiasi efficacia dissuasiva, specie se rapportate ai significativi ricavi commerciali che contraddistinguono le principali imprese di settore (si pensi, a solo titolo esemplificativo, ai circa 1.316 milioni di euro di utile dichiarati da Ryanair, nel periodo 31 marzo 2016 – 31 marzo 2017) ⁽⁷²⁾.

⁽⁷¹⁾ V. *supra* nt. 41.

⁽⁷²⁾ Cfr. provv. AGCM 29 maggio 2018, n. 27191, cit.

DIRITTO E DINTORNI

RICCARDO BENCINI

Attorno ad un contratto del 1737 fra un imprenditore ed un pittore

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Manifattura delle Porcellane di Doccia fondata da Carlo Ginori. – 3. Alla ricerca di manodopera qualificata: l'ingaggio del pittore Anreiter de Zierfeld – 4. La Convenzione. – 5. Conclusioni.

Convenzione fra il Sen. Carlo Ginori ed il Pittore Carlo Wendelin Anreiter

Volendo sua Eccellenza il Signor Conte Carlo Ginori condurre in Toscana Carlo Wendelin Anreiter de Zierfeld, per dorare, e dipingere di smalto sopra terre, porcellane ed altro, è per insegnare tutto quello egli sa a chi gli sarà ordinato dal predetto Sig.r Co. Ginori.

Si obbliga questo à condurlo con la sua moglie, e Creature a sue spese in Toscana, ed ivi pagargli fiorini seicento all'anno, con più dargli con la sua famiglia Quartiere, e solo ad esso Zierfeld la Tavola con Vino, e di così continuare a tenerlo con tale assegnamento Anni Sei quando però il detto Zierfeld faccia, e insegni tutto quello sà, e può in servizio, e secondo gli ordini del predetto Sig: re Co: Ginori, senza la di cui permissione esso Zierfeld promette di non insegnare ad altri quello sà, o che vedrà nelle fabbriche di esso Sig: re Co: Ginori, e scaduti i primi sei anni se una, o l'altra parte non volesse, ne intendesse più oltre continuare questo Contratto, si dovranno fare le reciproche rinunzie tre Mesi prima della scadenza dell'ultimo Anno, quali non facendosi s'abbia ad intendere la continuazione del presente contratto per altri sei anni susseguenti.

E volendo poi passato l'un ò l'altro de' detti termini, detto de Zierfeld restituirsi con la Sua Famiglia à Vienna, Il pred.to Sig: re Co: Ginori promette a farlo di nuovo condurre a sue spese.

In Vienna d'Austria P.mo Novembre 1737.

Io Carlo Ginori prometto quanto in questa si contiene.

Karl Wendelin Anreiter von Zierfeld.

1. – Il contratto qui riprodotto, risalente al 1° novembre 1737 ⁽¹⁾, venne perfezionato in Vienna fra il Conte fiorentino Carlo Ginori ⁽²⁾, fondatore della Manifattura delle Porcellane di Doccia, e Carlo Wendelin Anreiter de Zierfeld ⁽³⁾, pittore austriaco di rinomata abilità. Mediante tale «Convenzione» Carlo Ginori riuscì ad ingaggiare uno dei massimi esponenti dell'arte decorativa su porcellana, ritenendo indispensabile la sua opera per avviare in modo proficuo il proprio esperimento imprenditoriale ⁽⁴⁾. Le clausole pattuite in questo contratto presentano, anche per la tecnica redazionale adottata, contenuti e forme antesignani, degni pertanto di segnalazione.

2. – La Manifattura delle Porcellane fu fondata nel 1737 a Doccia, località collinare in Sesto Fiorentino, distante otto chilometri da Firenze, per volere del senatore patrizio Carlo Ginori e nella convinzione che «lo splendore della ricchezza inoperosa e consumatrice di se medesima non abbagliava più; che le grandezze, puntellate dal privilegio, crollavano; e che ricchezza e grandezza vera non si potevano ormai più cercare, se non là dove le trovarono gli antichi capi delle più illustri famiglie fiorentine: nell'agricoltura, nel commercio, nell'industria» ⁽⁵⁾.

Come noto, il secolo XVIII si rivelò particolarmente sensibile alla raffinatezza del vasellame importato dalla Cina e dal Giappone ⁽⁶⁾ che andava a

⁽¹⁾ L'originale della «Convenzione» è contenuta nell'Archivio Ginori Lisci di Firenze, *Fabbrica delle Porcellane di Doccia. Scritture e Documenti*, Filza 39, n. 2. Per la sua trascrizione, v. LEONARDO GINORI LISCI, *La porcellana di Doccia*, Milano, 1963, p. 228.

⁽²⁾ Sulla figura illuminata del Marchese Carlo Ginori, sulla vita politica e sulle iniziative imprenditoriali, cfr. BALLERI, CASPRINI, POLLASTRI e RUCCELLAI, *Album Carlo Ginori: documenti e itinerari di un gentiluomo del secolo dei lumi*, Firenze, 2006; O. GORI PASTA, *Ginori Carlo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, 2000, v. 55, p. 32-35.

⁽³⁾ Sulla vita e, in particolare, sull'attività e sulla produzione artistica di Carl Wendelin Anreiter von Zierfeld, cfr. BIANCALANA, *Porcellane e Maioliche a Doccia. La Fabbrica dei Marchesi Ginori. I primi cento anni*, Firenze, 2009, 1, p. 21 e ss.

⁽⁴⁾ La Manifattura delle Porcellane di Doccia è stata definita da ERNESTO RAGIONIERI, in *Un Comune Socialista. Sesto fiorentino*, Roma, 1953, p. 23, ristampa 2016, Sesto Fiorentino, quale «esperimento geniale e un tantino stravagante».

⁽⁵⁾ C. LORENZINI, *La Manifattura delle Porcellane di Doccia. Cenni illustrativi*, Firenze, 1861, p. 7.

⁽⁶⁾ Viene puntualmente ricordato in [s.n.] *La Manifattura Ginori a Doccia*, Firenze, 1867, p. 9, che «L'Europa produceva a stento qualche smalto o vasellame, in che il bello ideale della scultura e del disegno appariva più che non il nerbo e la sostanza, nella Cina e nel Giappone l'arte toccava a un apogeo di gloria» e che «L'anno 1515 è indicato, generalmente, come la data della prima importazione della porcellana in Europa, fatta dai Portoghesi (porcellana, in lingua portoghese, significando scodella o piatto di terra)».

formare l'ambito corredo dei più prestigiosi palazzi d'Europa ⁽⁷⁾. Per questa ragione iniziarono a costituirsi, su impulso e grazie alle sovvenzioni degli imperatori ⁽⁸⁾, le prime manifatture di porcellana in Germania, a Vienna ed in Francia ⁽⁹⁾.

Anche il nobile Carlo Ginori si era invaghito dell'idea di fondare in Toscana una fabbrica delle porcellane. Per raggiungere tale scopo non esitò a finanziare alcune spedizioni navali nelle Indie orientali per importare saggi delle terre che servivano alla composizione delle porcellane cinesi. Studiate tutte quelle materie che allora si reputavano un segreto, decise – con intelligenza ed intraprendenza – di avviare l'opificio artigianale all'interno di una villa ⁽¹⁰⁾ acquistata il 15 marzo 1737 dal senatore Buondelmonti e situata alle falde del Monte Acuto.

Ebbe così inizio la Manifattura delle Porcellane di Doccia ⁽¹¹⁾ concepita quale privata iniziativa imprenditoriale di congiunzione fra attività

⁽⁷⁾ In questi termini, NISTRI, *Una Chiesa. Una Storia (s. Romolo a Colonnata)*, Firenze, 1984, p. 105.

⁽⁸⁾ Al riguardo, ricorda testualmente LORENZINI, *op. cit.*, p. 9, che «in tutti i paesi, nei quali furono introdotte e stabilite simili manifatture, esse, o non ebbero lunga durata, o se vissero e prosperarono, si fu per il patrocinio indefesso e per la regale munificenza di quei sovrani, che dopo averle fondate, le fecero lavorare per proprio conto». Sul punto, cfr. MONTI, *La Manifattura Richard-Ginori di Doccia*, Firenze, 1988, p. 12, il quale segnala che: «soprattutto in Germania nessun principe sentiva gratificata la propria fisionomia di fasto aggiornato se non possedeva una piccola fabbrica di porcellane che provvedesse ai bisogni della corte».

⁽⁹⁾ Si ricorda, fra le principali, la fondazione, nel 1710, della Manifattura di Meissen, presso Dresda. Nel 1718 quella in Vienna. Nel 1740 la fondazione della Manifattura di Sevres, in Francia. Quella di Doccia può quindi «dirsi terza in ordine di tempo fra le più rinomate Manifatture di Porcellane d'Europa e del mondo intero». Così [s.n.] *La Manifattura di Doccia fondata nell'anno 1735 dal marchese Carlo L. Ginori senatore patrizio fiorentino della Società ceramica Richard-Ginori*, Milano, 1939, p. 7.

⁽¹⁰⁾ Sulla peculiarità di utilizzare una villa come sede societaria per la lavorazione della porcellana, v. MAZZANTI, *Carlo Ginori e Villa «Le Corti»: la fabbrica di porcellane di Doccia nella sua prima sede*, in *Annali di Storia di Firenze*, 2012, VII, p. 124. L'A. ricorda che questa villa, sita in località «Le Corti», venne acquistata al prezzo di 3810 scudi. Laddove Carlo decide l'acquisto della «Villa Le Corti», la sua famiglia possiede una residenza «la Villa Ginori di Doccia» collocata centro metri a nord dalla «Villa Le Corti» ed in posizione dominante rispetto a quest'ultima. Viene precisato, a pag. 125, che «nonostante la distanza fra le località de Le Corti e di Doccia sia breve le due aree sono distinte da toponimi diversi. Con la fondazione del complesso manifatturiero da parte di Carlo Ginori il toponimo «Corti» sparirà dall'uso ordinario per rimanere nei documenti di gestione dei beni, mentre Doccia diverrà punto di riferimento nell'identificazione della nota sede di produzione della porcellana». Cfr. REPETTI, *Dizionario Geografico fisico storico della Toscana contenente la descrizione di tutti i luoghi del Granducato*, Firenze, 1835, II, *ad vocem* Doccia (Villa Ginori), p. 14 e 15.

⁽¹¹⁾ La villa, destinata a divenire la sede dell'opificio, venne acquistata il 15 marzo 1737. La prima fornace fu ivi realizzata il 20 aprile 1737 (data del pagamento effettuato allo

produttiva ed arte ⁽¹²⁾. Difatti la fabbricazione, secondo gli intendimenti del lungimirante fondatore, non avrebbe dovuto limitarsi al vasellame ed alle stoviglie di qualità, bensì comprendere anche le statue e gli oggetti più preziosi ⁽¹³⁾ – il più delle volte di grandi dimensioni – per riproporre in porcellana i capolavori dell'arte italiana in modo da garantire continuità, nonostante la fine della dinastia dei Medici ⁽¹⁴⁾, ad una lunga tradizione culturale.

scalpellino del lavoro). La prima cotta fu registrata il 21 luglio 1737. Date queste fondamentali per collocare la nascita della Manifattura Ginori nel 1737, tutte riportate in MANNINI, *La Manifattura ceramica di Doccia. I Ginori e Sesto Fiorentino. Un esempio di collaborazione europea 1737-1896*, Firenze, 1998, p. 14. La letteratura sulla Manifattura delle Porcellane di Doccia (società ancora esistente a distanza di 281 anni dalla sua fondazione, divenuta nel 1896 Richard Ginori, a seguito della vendita da parte della famiglia Ginori) è davvero ampia. Cfr., fra gli scritti più risalenti: [s.n.] *Intorno al Marchese Leopoldo Carlo Ginori Lisci*, Firenze, 1837; [s.n.] *La Manifattura Ginori a Doccia*, Firenze, 1867; [s.n.] *La Porcellana e la Manifattura di Doccia*, Firenze, 1889; [s.n.] *Trentennio della Società Ceramica Richard-Ginori: commemorazione 23 febbraio 1873-1903*, Milano, 1904; [s.n.] *La Manifattura di Doccia fondata nell'anno 1735 dal marchese Carlo L. Ginori senatore patrizio fiorentino della Società ceramica Richard-Ginori*, Milano, 1939.

⁽¹²⁾ In questi termini TOMBARI nella prefazione a [s.n.] *La fabbrica della bellezza. La manifattura di Doccia e il suo popolo di statue*, a cura di Montanari e Zikos, Firenze, 2017.

⁽¹³⁾ Il riferimento è, a titolo esemplificativo, alle stufe in maiolica, agli altari ed ai camini di porcellana. Si pensi all'opera denominata c.d. *Tempietto delle Glorie della Toscana* del 1751, donata da Carlo Ginori all'Accademia Etrusca che lo aveva nominato Lucumone. Questa opera, considerata uno dei capolavori indiscussi del primo periodo della Manifattura, presenta un'altezza di 167 cm ed è ornata da 76 medaglie della serie Medicea. Cfr. WINTER, *Le statue del Marchese Ginori, sculture in porcellana bianca di Doccia*, Firenze, 2003, p. 88. Per una panoramica sulla produzione della Manifattura delle Porcellane di Doccia, cfr. A. MANNINI, *Il bello dell'utile. Ceramiche Ginori e Richard-Ginori dal 1750 al 1950 di una collezione privata*, Firenze, 2005.

⁽¹⁴⁾ Trattasi di un periodo storico particolarmente difficile per la Toscana contraddistinto dal passaggio di due dinastie: da quella dei Medici (che ebbe fine con la morte di Gian Gastone avvenuta il 9 luglio del 1737) a quella dei Lorena. Ricorda efficacemente TOMBARI, *op. cit.*, che in quel momento vi era il timore della svendita dei capolavori della famiglia regnante e che «se i Lorena chiudono le botteghe granducali che per secoli avevano assicurato la produzione di raffinati oggetti in pietre dure capaci di restituire nel piccolo formato la qualità delle opere maggiori, Carlo Ginori apre a Doccia la manifattura di porcellana». Merita evidenziare che, sempre nel 1737, si assiste alla prima forma embrionale di patto di famiglia per l'impresa oggi disciplinato dall'art. 168 *bis* c.c. e ss. In questo caso, il patto aveva ad oggetto "l'impresa Firenze". Difatti, Anna Maria Luisa de' Medici, nota come Elettrice Palatina, non ebbe figli e consapevole che, al suo trapasso, la dinastia dei Medici sarebbe stata destinata ad estinguersi, decise, quale appassionata di cultura, di vincolare il proprio patrimonio artistico alla città di Firenze. Ella stipulò un patto col granduca Stefano di Lorena stabilendo l'obbligo di conservare in Firenze il patrimonio della casa dei Medici. In argomento, v., *se vis*, BENCINI, *La conflittualità nelle imprese a base familiare*, Approfondimento del 19 dicembre 2014, in *Giustizia civile.com*.

3. – Per realizzare questo colto e raffinato progetto imprenditoriale era tuttavia indispensabile – sin dalla fase della fondazione della Manifattura – ricorrere alla manodopera specializzata. Carlo Ginori intuì che gli abitanti di Doccia, tutti pressoché dediti all'attività agricola, avrebbero potuto rappresentare, se adeguatamente istruiti, una inesauribile fonte lavorativa. Non tardò quindi a reclutare i migliori artisti e tecnici del settore ceramico attingendo fra quelli che avevano maturato esperienza presso le manifatture europee. Costoro avrebbero dovuto trasmettere i segreti ⁽¹⁵⁾ dell'attività di fornaciaio, di ceramista e di decoratore ai coloni locali più meritevoli, selezionati fra i tanti che lavoravano le terre della famiglia Ginori che – a loro volta – avrebbero dovuto assicurare il passaggio generazionale del mestiere quale tradizione familiare ⁽¹⁶⁾. Occasione propizia per il reperimento di questa manodopera qualificata fu la visita svolta da Carlo Ginori a Vienna nell'agosto del 1737 – su indicazione e quale rappresentante del Senato di Firenze – per porgere gli omaggi al principe Francesco Stefano Duca di Lorena, genero dell'Imperatore d'Austria e nuovo regnante in Toscana a seguito della morte di Gian Gastone de' Medici. Durante il soggiorno nella capitale austriaca, Carlo Ginori ebbe l'opportunità di conoscere la produzione ceramica del finanziere Du Paquier, fondatore nel 1718 della seconda manifattura europea di porcellana, nonché di assumere

⁽¹⁵⁾ Viene opportunamente ricordato in BALLERI, CASPRINI, POLLASTRI e RUCELLAI, *op. cit.*, Glossario, p. 56, che «col termine *arcanum* gli alchimisti del XVIII secolo intendevano tutto il complesso di conoscenze tecniche indispensabile alla fabbricazione della porcellana, ed in particolare la composizione dell'impasto e la proporzione delle materie prime necessarie. Furono detti arcanisti coloro i quali, a seguito di lunghi e spesso fallimentari esperimenti, erano giunti a conoscenza di quel segreto, fino ad allora gelosamente conservato dagli abili vasi della Cina e del Giappone». Assai rari erano quindi i documenti illustrativi dei materiali e delle tecniche al tempo utilizzate negli stabilimenti ceramici. Alla morte del fondatore Carlo Ginori avvenuta nel 1757, il figlio Lorenzo commissionerà ad un esperto economista l'incarico di svolgere una relazione tecnica dettagliata della Manifattura. Relazione, che oggi potrebbe definirsi «*due diligence*», volta a fotografare lo stato economico della Manifattura di Doccia nell'anno 1760. LIVERANI, *La Manifattura di Doccia del 1760. Secondo una Relazione inedita di J. De St. Laurent*, Firenze, 1970.

⁽¹⁶⁾ Sul punto cfr. BUTI, *La Manifattura Ginori. Trasformazioni produttive e condizione operaia (1860-1915)*, Firenze, 1990, p. 11. L'a. ricorda, a p. 76, che l'introduzione della donna nella Manifattura delle Porcellane di Doccia avvenne nel 1865. A causa di una grave crisi dell'industria della paglia il numero delle donne che si dedicavano alla sua lavorazione (le c.d. trecciaiole) crollò improvvisamente. In questo contesto, il Marchese Lorenzo Ginori presentò l'assunzione di personale femminile come un gesto filantropico. Viene puntualizzato, a pag. 77, che «vi entravano in genere ancora bambine, verso i 12 o 13 anni per uscirne al momento del matrimonio, o al massimo dopo la nascita di un figlio, quando si riteneva che il ruolo di moglie e di madre richiedesse una continua presenza in casa; proprio per questo era molto difficile che un'operaia rimasse a lavorare a Doccia dopo i trent'anni».

i servizi di un fornaciaio esperto di paste e, segnatamente, del pittore Anreiter de Ziernfeld ⁽¹⁷⁾, firmatario del contratto in esame.

4. – Come anticipato, la «Convenzione» stipulata col menzionato pittore, da intendersi quale contratto d'opera professionale, fu sottoscritta il 1° novembre 1737. La sua durata fu stabilita in sei anni. Termine questo ritenuto congruo per realizzare la finalità auspicata da Carlo Ginori. Il pittore austriaco avrebbe cioè avuto il tempo sufficiente per decorare ed insegnare ai giovani apprendisti, così da formare squadre di abili artisti fiorentini. Egli avrebbe ricevuto quale compenso, per ciascun anno, la somma di seicento fiorini ⁽¹⁸⁾, senza rimanere tuttavia troppo vincolato all'opificio di Doccia. Scaduto il termine di sei anni, sarebbe stato difatti libero di ripartire assieme alla famiglia. Non a caso, i contraenti regolarono in modo minuzioso il rinnovo della «Convenzione». Con tecnica redazionale e contenuti da ritenersi pionieristici, fu pattuito che: «scaduti i primi sei anni se una, o l'altra parte non volesse, ne intendesse più oltre continuare questo Contratto, si dovranno fare le reciproche rinunzie tre Mesi prima della scadenza dell'ultimo Anno, quali non facendosi s'abbia ad intendere la continuazione del presente contratto per altri sei anni susseguenti». In questo modo fu assicurata, per la fase di avviamento della Manifattura di Doccia, un'attività decorativa e di insegnamento di almeno sei anni, a fronte di un esborso complessivo di tremilaseicento fiorini quale compenso professionale; con poi facoltà, per entrambe le parti, di interrompere detto rapporto mediante preavviso che avrebbe dovuto essere comunicato tre mesi prima la scadenza dell'ultimo anno, intendendosi altrimenti protratto tacitamente per il medesimo periodo. La «Convenzione» fu prorogata per tre anni ⁽¹⁹⁾. Oltre a sostenere le spese di viaggio – di arrivo in Toscana e di ritorno a Vienna – del pittore e della sua famiglia

⁽¹⁷⁾ In questi termini cfr. *La Manifattura Ginori e le testimonianze degli anziani di Villa Solaria*, Firenze, 1996, p. 17.

⁽¹⁸⁾ Trattasi di un importo considerevole. Nel contratto che Carlo Ginori stipulò il 18 ottobre 1737 col giardiniere ed esperto di botanica Ulrico Prugger fu riconosciuto il «salario» di centosessanta fiorini all'anno. Detto contratto è conservato nell'Archivio Ginori Lisci di Firenze ed è trascritto in BALLERI, CASPRINI, POLLASTRI e RUCCELLAI, *op. cit.*, p. 25.

⁽¹⁹⁾ Segnala L. GINORI LISCI, *op. cit.*, p. 228, che «al termine del sessennio 1737-43 la convenzione fu prorogata e l'Anreiter e la famiglia lasciarono Doccia definitivamente il 3 agosto 1746». Evidenzia l'A., pag. 35, che «purtroppo il povero Anreiter morì di colpo apoplettico nell'autunno del medesimo anno». Sostiene BIANCALANA, *op. cit.*, p. 124, che Carl Wendelin Anreiter potrebbe aver abbandonato la Fabbrica di Doccia non tanto per motivi di salute, quanto per la sua mancata nomina a Direttore della Manifattura, oppure per il trasferimento di Carlo Ginori a Livorno a seguito della nomina a governatore.

(«sua moglie, e Creature»), l'imprenditore Ginori si obbligò a fornire loro un alloggio («Quartiere»), assicurando, però, soltanto al primo il vitto («la Tavola con Vino»). Da parte sua, Carlo Wendelin Anreiter de Zierfeld si impegnò a dorare e dipingere «di smalto sopra terre, porcellane ed altro», nonché ad «insegnare tutto quello egli sa a chi gli sarà ordinato». Attività questa che avrebbe dovuto svolgersi nel rispetto del vincolo di riservatezza e dell'obbligo di non concorrenza. Difatti, si evince dalla «Convenzione» che, durante la vigenza del contratto, il pittore austriaco avrebbe dovuto seguire gli ordini di Carlo Ginori insegnando soltanto alle persone da quest'ultimo selezionate. Con la promessa «di non insegnare ad altri quello sà, o che vedrà nelle fabbriche» dell'imprenditore fiorentino, divenendo custode delle conoscenze acquisite. Obbligazioni queste tutte rispettate dai contraenti ⁽²⁰⁾. Il numero degli addetti della Manifattura incrementò rapidamente ⁽²¹⁾, annoverando fra i suoi migliori artisti proprio il figlio maggiore di Anreiter ⁽²²⁾. Nel 1740 Carlo Ginori, visti i proficui risultati ottenuti, proseguì nell'attività di reclutamento stipulando un contratto col pittore Nicolas Le Tourneau proveniente da Nevres, il quale insegnò a Doccia la pittura su maiolica all'uso di Francia ⁽²³⁾. Nel 1750 arrivarono alla Manifattura Ginori anche alcuni pittori cinesi ⁽²⁴⁾ all'esito dell'enne-

⁽²⁰⁾ Puntualizza GINORI LISCI, *op. cit.*, p. 35, che: «egli era stato un uomo serio ed un oculato maestro, e non aveva dato luogo a lamentele di sorta. Il Ginori l'aveva sempre trattato con grande considerazione, quale meritava un valente artista, che per di più discendeva da una famiglia nobile; l'Anreiter aveva ricambiato la stima del Ginori con lealtà, rifiutando fra l'altro di aderire alle pressioni di un inviato di Carlo III di Napoli, che nel 1741 lo voleva attirare a Capodimonte». Che il pittore austriaco fosse diventato punto di riferimento nella Manifattura di Doccia è testimoniato dal Regolamento del 1740 ove, come segnalato efficacemente da BIANCALANA, *op. cit.*, p. 122, Carl Anreiter è posto al vertice della pittura: «Per le stanze dei pittori. Il signor Carlo terrà filo ossia la direzione e la cura».

⁽²¹⁾ Nel 1740 la Manifattura di Doccia presenta due fornaci, una per la maiolica ed una per la porcellana, con circa 55 dipendenti. Nel 1774 il numero dei dipendenti sale a circa 100. Cfr. [s.a] *Museo Richard Ginori della Manifattura di Doccia*, a cura di Rucellai, Sesto Fiorentino, 2008, p. 8. Nel 1930 la Fabbrica raggiunge la sua massima espansione con circa 2.000 dipendenti. Cfr. [s.a] *Oro bianco Ginori. Arte e tecnica della Porcellana*, a cura di L. Casprini e C. Contardo, Sesto Fiorentino, 2004, p. 16.

⁽²²⁾ Cfr. BIANCALANA, *La figura di un secondo Johan Carl Anreiter figlio di Karl Wendelin*, in *Ceramica Antica*, 1999, p. 9. Id. *I pittori della Manifattura di Doccia dal 1740 al 1784*, in *Amici di Doccia. Quaderni*, I, Firenze, 2007, p. 38, il quale ricorda che ad Anton Areiter fu concesso di firmare le proprie opere. Privilegio accordato a pochissimi pittori di Doccia.

⁽²³⁾ Cioè «quel tipo di bianco-azzurro di origine cinese e mediato da Delft, divenuto di grande moda in tutta Europa». Lo ricorda, in questi esatti termini, GINORI LISCI, *A settant'anni sonati*, Firenze, 1979, p. 137.

⁽²⁴⁾ Viene riportato da VILLORESI, *Colonnata (frazione del Comune di Sesto Fiorentino)*, Firenze, 1949, p. 62, il quale precisa che gli alloggi dei pittori cinesi erano situati in Piazza

simila spedizione navale finanziata dall'imprenditore fiorentino per studiare i processi di lavorazione delle porcellane in Cina e Giappone.

5. – Anche i discendenti di Carlo Ginori, chiamati a condurre la Manifattura delle Porcellane di Doccia ⁽²⁵⁾, continuarono – fino alla seconda metà dell'ottocento – ad avvalersi dell'opera di artisti stranieri ⁽²⁶⁾ allo scopo di formare maestranze sempre più qualificate. In questo modo venne raggiunta una produzione estremamente raffinata, sintesi dell'incontro fra la creatività dei coloni fiorentini ⁽²⁷⁾, nel frattempo diventati operatori specializzati, e le non comuni tecniche di lavorazione e di decoro internazionali. Al fine di evitare il rischio di dispersione di questa preziosa manodopera, i successori del fondatore avviarono un'attività di assistenzialismo che impattò inevitabilmente sulla condizione socio-culturale della popolazione locale. Vennero costruite, attorno alla Manifattura, numerose abitazioni destinate ai dipendenti della fabbrica. Venne istituita una scuola di disegno ⁽²⁸⁾ e persino una società di mutuo

Rapisardi, in Colonnata, Sesto Fiorentino. Piazza «conosciuta da tutti per Piazza del Bacalà, così battezzata da un bello spirito di colonnata, per la strana forma simile a quel pesce».

⁽²⁵⁾ La famiglia Ginori ha mantenuto la proprietà della Manifattura delle Porcellane di Doccia per ben 159 anni. Più in dettaglio: dal fondatore Carlo (1737-1757) in linea diretta: Lorenzo (1758-1791), Carlo Leopoldo (1792-1837), Lorenzo *Junior* (1838-1878), Carlo Benedetto (1879-1896). Seguì nel 1896 la vendita all'imprenditore RICHARD. La genealogia dei Ginori che si occuparono della Manifattura è riportata da L. Ginori Lisci, *op. cit.*, 227.

⁽²⁶⁾ Oltre agli Anreiter e gli Ettel, ambedue padre e figlio di nazionalità austriaca, si annoverano, come puntualmente ricordato da MANNINI, *op. cit.*, p. 12, i francesi Giovanni David, Luigi Germinet, Nicola Letorneau, Francesco Maire, il lorenese Giovanni Baillon, gli svizzeri Abraham Costantin e De Germain Francesco Giuseppe provenienti da Ginevra, Giovanni Mohr, tedesco e altri pittori e decoratori venuti a Doccia da Limoges, nella seconda metà dell'Ottocento. In argomento, cfr., anche MANNINI, *op. cit.*, p. 100, la quale evidenzia, in riferimento ai pittori francesi di Limoges portati a Doccia da Lorenzo II Ginori (1838-1878), che «la testimonianza di questa affinità stilistica si riscontra esaminando le lapidi in porcellana presenti nel cimitero francese di Limoges, pubblicate da Michel Novelle (*Il Cimitero di porcellana*, in F.M.R., 1983), che presentano notevoli analogie con quelle del cimitero di Sesto Fiorentino».

⁽²⁷⁾ Famoso il modello decorativo del galletto rosso e oro e quello ornamentale del tulipano attribuibili, rispettivamente, a Ferdinando Campostrini ed a Giuseppe Nincheri, entrambi pittori in Doccia. Lo ricorda, MANNINI, *op. cit.*, p. 17 e 18.

⁽²⁸⁾ Cfr. GRAZIANI, *La Scuola Professionale Richard-Ginori a Sesto Fiorentino. Un'esperienza unica e irripetibile*, Sesto Fiorentino, 2018. Su impulso del Marchese Ginori e sempre nell'ottica di ottenere una manodopera specializzata, il 9 marzo 1873 un decreto reale sancì l'istituzione a Sesto di una «Scuola di Disegno Industriale per i giovani che [volevano] prepararsi ad esercitare le arti decorative e più specialmente la ceramica». Cfr. al riguardo, BUTI, *op. cit.*, p. 58.

soccorso per assistere gli operai caduti in malattia ⁽²⁹⁾. Ciò contribuì a decretare il successo della Manifattura di Doccia ⁽³⁰⁾. I lavoratori dello stabilimento si ritenevano peraltro privilegiati ⁽³¹⁾ di poter imparare, in un contesto storico contrassegnato dall'analfabetismo ⁽³²⁾, le tecniche di un mestiere complesso. Grazie allora alla fortunata intuizione dell'imprenditore Carlo Ginori ⁽³³⁾, la vita della celebre Manifattura delle Porcellane si

⁽²⁹⁾ In argomento, cfr. BUTI, *op. cit.*, p. 12. Sulla società di mutuo soccorso, v. GALLAI, PECORARO, RICCIARDI, TOCCAFONDI, *La Società di Mutuo Soccorso Richard-Ginori a Sesto Fiorentino. Dalla fondazione del 1829 a oggi*, Sesto Fiorentino, 2015.

⁽³⁰⁾ Riportando testualmente il discorso di Lorenzo Ginori, pubblicato in [s.n.] *Alcune parole agli operai della Manifattura di Doccia*, Firenze, 1869: «Voi vedere che dal lato mio nulla si trascura di tutto ciò che può umanamente farsi a vostro vantaggio, istruzione e diletto. In primo luogo, accingendomi con nuovi capitali, e raddoppiato ardore, all'ingrandimento della Manifattura, sono arrivato a quintuplicare l'annua cifra totale delle vostre mercedi. Per avvantaggiare le condizioni delle vostre famiglie, avete visto da me introdurre, intanto, circa sessanta donne a lavorare nello Stabilimento. Avrete osservato gli aumenti ed i miglioramenti che si fanno, mano a mano effettuando, in quelle fra le case che abitate, che sono di mia proprietà: l'ampiezza data ai laboratori, le facilitazioni accresciute per la educazione dei vostri figli. Avrete veduto che si è cercato di sollevare piacevolmente il vostro spirito con la musica, dando incremento a quella banda, i cui componenti escono dalle vostre file; che si è incoraggiata e sostenuta la Società di mutuo soccorso pei malati, che mio padre istituì da molto tempo tra voi e che, forse, potrà in breve essere utilmente riformata, per renderne più efficaci i vantaggi. Tutto questo deve incitarvi al bene, e persuadervi della assoluta necessità di aggiungere in tutto i vostri sforzi ai miei, pel comune ben essere». Il paternalismo della famiglia Ginori nella conduzione della Manifattura viene ricordato anche nel contributo dedicato alla Marchesa Marianna Ginori, [s.a.] *Una visita alla Manifattura delle Porcellane di Doccia*, Firenze, 1840, ove si legge testualmente: «la manifattura delle porcellane di Doccia è nuova e luminosa conferma dell'antico detto che chi potentemente vuole consegue» (pag. 7), nonché «imitabile esempio d'industriale istituzione, esempio per secolare esperienza vincitore del barbaro principio che alla prosperità delle moderne officine reputa necessario non l'uso ma l'abuso della macchina umana» (p. 16).

⁽³¹⁾ Gli abitanti di Doccia erano orgogliosi di svolgere la propria attività presso la Manifattura Ginori al punto da non essere interessati a cercare lavoro altrove. Tanto è vero che molti stessi cognomi si trovano ripetuti per varie generazioni fra le maestranze di artisti e di operai specializzati. Questo specifico profilo è evidenziato da VILLORESI, *Sesto Fiorentino, notizie di storia, geografia, arte*, a cura di Lici-Pollastri, Sesto Fiorentino, 1988, p. 107.

⁽³²⁾ Ricorda con precisione BUTI, *op. cit.*, 13, nota 20, che in Toscana nel 1861 erano analfabeti il 76% degli uomini e l'88% delle donne. In Italia, 17 milioni di persone su una popolazione di 23 milioni, non sapevano leggere, né scrivere. Per una testimonianza della vita di un pittore nella Fabbrica Ginori nella seconda metà dell'ottocento, cfr. LAPUCCI, *I Lunari di Enrico Giusti. Storia di un paese e di una fabbrica annotata nelle pagine di Sesto Caio Baccelli*, Firenze, 2000.

⁽³³⁾ Osserva MONTI, *op. cit.*, p. 59 che: «il primo periodo di attività della manifattura Ginori si conclude con la scomparsa prematura del suo fondatore, il marchese Carlo Ginori, avvenuta a Livorno nel 1757. È stato certamente un momento di straordinaria creatività, caratterizzato dall'energia e dalle intelligenti scelte operate da Carlo Ginori sia nel circondarsi di abili collaboratori che nell'indirizzare la produzione della manifattura verso livelli qualitativi piuttosto elevati anche in ambito internazionale. Sotto la sua direzione l'impresa

legò in modo indissolubile a quella degli abitanti di Doccia al punto da segnare, per oltre due secoli, le sorti, non solo economiche, della città di Sesto Fiorentino ⁽³⁴⁾.

acquisì la solidità, forse non economica, ma sicuramente di carattere morale che è alla base del suo successo».

⁽³⁴⁾ Cfr. BATISTONI, CERRETI, *La Ginori per Sesto. Sesto per la Ginori. La crescita e lo sviluppo di un paese con l'affermarsi della sua fabbrica*, Sesto Fiorentino, 2017. La simbiosi fra la Manifattura delle Porcellane di Doccia e la città di Sesto Fiorentino è efficacemente sintetizzata nella risposta fornita da un vecchio operaio della Fabbrica al prof. De Yohannis che lo interrogò: «essa ne è la nutrice e il paese s'ingrassa quando le si ingrossano le mammelle», probabilmente alludendo alle cupole delle fornaci, come riportato testualmente da VILLORESI, *Colonnata (frazione del Comune di Sesto Fiorentino)*, cit., p. 51, il qualche richiama, in nt. 2, la fonte: A.Y. DE JOHANNIS, *Intraprenditori, Capitalisti e Lavoratori*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, II, [s.a.] p. 239.

 **sapereDigitale**

La nuova formula di abbonamento riviste

Connettiti alla conoscenza.

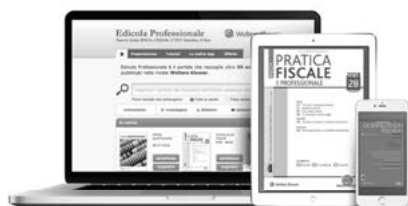
SapereDigitale è la nuova formula di abbonamento riviste che ti offre la possibilità di consultare tutta la dottrina Wolters Kluwer in un unico ambiente digitale!

Al prezzo di un solo abbonamento, potrai avere in più, a tua disposizione, l'intera collezione di tutti i numeri pubblicati nel corso degli anni.

**Ricchezza di contenuti e praticità di utilizzo
che migliorano il tuo lavoro.**

SCOPRI DI PIÙ

su edicolaprofessionale.com o vai su
www.wolterskluwer.it/rete-di-vendita
per trovare il tuo agente di riferimento.



IPSOA CEDAM  il fisco

IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA

di Aurelio PAPPALARDO

€ 92

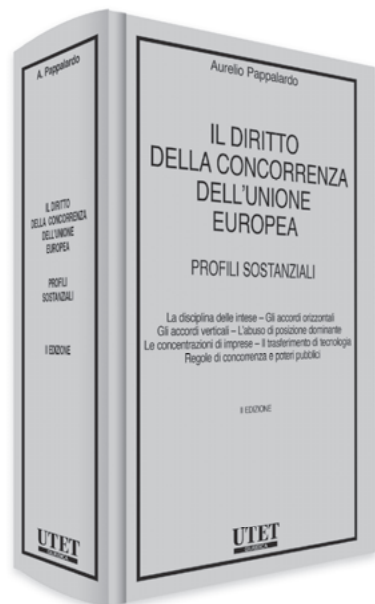
Cod. 00236190

La II edizione dell'opera, aggiornata alla luce degli **sviluppi dell'ultimo decennio**, costituisce un'introduzione, semplice e chiara, ai **principali profili sostanziali** relativi alla disciplina dell'antitrust:

- che cos'è la concorrenza?
- perché è meritevole di tutela?
- a quali rischi è esposta?
- quali ne sono i rimedi?

Ricco di riferimenti alle più significative disposizioni adottate per l'attuazione degli artt. 101, 102 e 106 del Trattato UE ed il reg. (CE) n. 139/2004, alla **prassi decisionale della Commissione** e alla giurisprudenza dei giudici dell'UE, illustra concretamente come viene attuata la disciplina della concorrenza europea applicabile alle imprese.

Completano il volume brevi cenni essenziali agli aspetti procedurali, sia per la parte relativa alle intese e agli abusi di posizione dominante, sia per quella relativa alle concentrazioni.



UTET GIURIDICA ® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Y20HBBN-16x24

 shop.wki.it  02.82476.1
 info.commerciali@wki.it



Wolters Kluwer

When you have to be right

Codice di Procedura Civile

COMMENTARIO

diretto da **Claudio Consolo**



340 €

NUOVA FORMULA MULTIMEDIA

ANCHE ONLINE IN LA MIA BIBLIOTECA

E IN EBOOK

La VI edizione dell'Opera fornisce il commento esaustivo e, al contempo, sintetico di tutti gli articoli del **Codice di procedura civile** e di alcune delle **principali leggi complementari**. I contributi, ad opera di valenti esperti di diritto processuale civile, sono **strutturati per temi** ed **aggiornati** alla più recente giurisprudenza, di legittimità e di merito (da ultimo, Cass. S.U. n. 27199/2017, sulla formulazione dell'atto d'appello; Cass. S.U. n. 10709/2017, in materia di prove). Il Codice offre una ricostruzione analitica delle **questioni processuali** più rilevanti e frequenti. Particolare attenzione è riservata alle peculiarità del **processo civile telematico** e alle importanti **riforme legislative** in tema di:

- immigrazione (L. n. 46/2017);
- lavoro autonomo (L. n. 81/2017);
- competenza del giudice di pace (D.lgs. n. 116/2017).

In presenza di **questioni dubbie** e di **contrasti giurisprudenziali**, sono illustrati in dettaglio gli **orientamenti difformi** e viene offerta la **soluzione preferibile**.

Il Commentario è consultabile on line ne La mia Biblioteca e disponibile anche in versione eBook.

 shop.wki.it

 02.824761

 info.commerciali@wki.it

 Le migliori librerie professionali

 Le agenzie giuridiche Wolters Kluwer

 Wolters Kluwer

GDPR E NORMATIVA PRIVACY COMMENTARIO

a cura di G.M. RICCO, G. SCORZA, E. BELISARIO

Il Regolamento Generale in materia di protezione dei dati personali (c.d. **GDPR**) costituisce, a partire dal 25 maggio 2018, il regime primario interno circa il trattamento e la libera circolazione dei dati delle persone fisiche, insieme al D.Lgs.

10 agosto 2018, n. 101 e al Codice privacy, modificato per adeguare la normativa nazionale alla normativa europea. Il volume, ad opera di **avvocati, funzionari del Garante e accademici**, commenta i singoli articoli del Regolamento, **integrati** con le norme del **decreto di adeguamento**.

Vengono analizzate tutte le **novità della disciplina**:

- i principi di responsabilizzazione (accountability) e di data protection-by-design e by-default
- il diritto alla portabilità dei dati personali
- la figura del subresponsabile
- il data protection officer (DPO)
- la valutazione d'impatto privacy (DPIA)
- l'obbligo generale di notificazione e comunicazione di violazioni dei dati
- il quadro sanzionatorio.

Il decreto di adeguamento D.Lgs. n. 101/2018 ha novellato il **Codice della privacy** esistente, garantendone, nel contempo, la continuità, facendo salvi per un periodo transitorio i provvedimenti del Garante e le autorizzazioni, che saranno oggetto di successivo riesame, nonché i Codici deontologici vigenti.

In Appendice, il **testo integrale del D.Lgs. n. 101/2018** e del **Codice della privacy** aggiornato.

€ 140

Cod. 00234766



SOCIETÀ COOPERATIVE E CONSORZI

a cura di L. MACRÌ, D. ZANNONI, R. SABADINI

€ 65

Cod. 00230505

La Guida affronta tutti gli aspetti relativi alla disciplina delle Società cooperative, offrendo un quadro della normativa e suggerendo soluzioni ed approcci metodologici, alla luce delle **novità** introdotte con **D.Lgs. 03/07/2017, n. 117**, che disciplina il **“terzo settore”** e con **D.M. 12/06/2017** che aggiorna il **Modello di verbale di revisione cooperativa**.

Gli autori approfondiscono le regole a cui devono attenersi le società costituite in forma di cooperative e consorzi, partendo dalla costituzione della medesima, alla sua gestione, alle particolarità fiscali, ai rapporti fra i soci, agli organi sociali ed al loro funzionamento. Il volume è ricco di esemplificazioni pratiche, interpretazioni amministrative e sentenze che hanno fornito indicazioni sui vari aspetti della materia.

Utile un'**Appendice finale** su Regolamenti inerenti la disciplina del rapporto di lavoro, per la raccolta del prestito sociale a confronto, verbali di assemblea straordinaria e del Consiglio di Amministrazione. Ogni area è analizzata sotto tutti i profili attraverso la partecipazione di un **pool di autori con differenti competenze** sostanziali, fiscali, penali, contabili.



Y6ZHBNN_16x24

 shop.wki.it  02.82476.1
 info.commerciali@wki.it

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right

FORMULARIO DELL'ESECUZIONE FORZATA

di Anna Maria SOLDI

€ 100

Cod. 00231355

Questa nuova edizione del Formulario contiene:

- l'analisi di tutte le predette novità legislative e l'illustrazione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali;
- l'esame del rapporto tra le disposizioni del codice di rito che regolano la vendita forzata e le disposizioni regolamentari (contenute nel d.m. 32/2015) che disciplinano lo svolgimento di quest'ultima quando espletata in forma telematica;
- l'elaborazione di **nuove ed ulteriori formule dedicate espressamente allo svolgimento della vendita telematica dei beni mobili ed immobili**. In particolare: **il modello dell'ordinanza di delega della vendita in forma telematica** e sono stati elaborati **i verbali relativi alle attività che il professionista delegato è chiamato a porre in essere durante l'espletamento della fase liquidatoria** secondo il modello introdotto dalle citate riforme.



Y45HBBN

 shop.wki.it  02.82476.1

 info.commerciali@wki.it



Wolters Kluwer

When you have to be right

Condizioni d'abbonamento

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo contact@wkiert.it.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/CI, tablet e smartphone scaricando l'App Edicola professionale.

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a WKI Srl - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Conto Corrente Postale 54738745
- Conto corrente Bancario 615222314167 INTESASANPAOLO - AG. ROMA intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. IBAN IT32K0306905070615222314167
- Carta di credito Visa, Master Card, Carta Si, American Card, American Express, specificando il numero e la data di scadenza.

Abbonamento 2019

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 220,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 195,00 + iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 281,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 195,00 (esente IVA)

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).



SERVIZIO CLIENTI CEDAM

► Informazioni commerciali ed amministrative:
tel. 02.824761 - Indirizzo internet: www.servizioclienti.wki.it - e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

I "Dialoghi" sono un trimestrale di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione legislativa ed extralegislativa.

Comitato di Direzione: Guido Alpa (*Direttore*), Marino Bin, Rossella Cavallo Borgia, Giusella Finocchiaro, Massimo Franzoni, Bruno Inzitari, Raffaella Lanzillo, Mario Libertini, Salvatore Mazzamuto, Daniela Memmo, Mario Notari, Gabriello Piazza, Luciana Cabella Pisu, Giulio Ponzanelli, Vincenzo Ricciuto, Enzo Roppo, Giuseppe Sbisà, Michele Sesta, Giovanna Visintini, Roberto Weigmann, Pietro Zanelli, Nadia Zorzi Galgano.

Comitato editoriale: Fabio Bravo (*Coordina-tore*), Antonio Albanese, Massimo Aragiusto, Annalisa Atti, Elisabetta Bertacchini, Roberto Calvo, Marco Capecchi, Lisia Carota, Alessandro Ciatti, Matteo Dellacasa, Elena Depretis, Franco Ferrari, Mauro Grondona, Paola Manes, Fabrizio Marrella, Giovanni Meruzzi, Matteo Pandimiglio, Elisabetta Panzarini, Flavio Peccenini, Stefano Pellegatta, Maria Colomba Perchinunno, Patriazia Petrelli, Margherita Pittalis, Annarita Ricci, Angelo Riccio, Ilaria Riva, Rita Rolli, Giulia Rossi, Gianluca Sicchiero, Laura Valle.

Comitato di Revisione: Rosalba Alessi; Enrico Al Mureden; Mads Andenas; Franco Anelli; Luigi Balestra; Giovanni Basini; Giovanni Bonilini; Francesco Capriglione; Donato Carusi; Paolo Felice Censoni; Claudio Colombo; Massimo Confortini; Giuseppe Conte; Vincenzo Cuffaro; Andrea D'Angelo; Giovanni De Cristofaro; Maria Vita De Giorgi;

Valeria De Lorenzi; Raffella De Matteis; Vincenzo Di Cataldo; Luca Di Donna; Giovanni Domenichini; Gilda Ferrando; Guido Ferrarini; Elena Frascaroli Santi; Andrea Fusaro; Aurelio Gentili; Carlo Granelli; Michele Graziadei; Giuseppe Grisi; Giovanni Iudica; Aída Kemelmajer de Carlucci; Marco Lamandini; Carlos Lasarte Álvarez; Emanuele Lucchini Guastalla; Maria Rosaria Maugeri; Carlo Mazzù; Vincenzo Meli; Raffaella Messinetti; Lorenzo Mezzasoma; Paolo Montalenti; Andrea Mora; Luca Nivarra; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Andrea Perrone; Armando Plaia; Carlo Rimini; Horacio Roitman; Carlo Rossello; Claudio Scognamiglio; Giuliana Scognamiglio; Roberto Senigaglia; Pietro Sirena; Marina Timoteo; Mario Trimarchi; Stefano Troiano; Francesco Vella; Marco Ventoruzzo; Maria Carmela Venuti; Giuseppe Vettori; Alessio Zaccaria; Vincenzo Zeno-Zencovich.

Il Comitato di Direzione e il Comitato editoriale determinano la linea culturale della Rivista sia con l'apporto dei contributi dei propri membri, sia con la periodica predeterminazione delle aree di intervento. All'opera di preventiva revisione degli scritti destinati alla pubblicazione, con il metodo di referaggio della c.d. *double blind peer-review*, provvede un apposito Comitato di Revisione, formato da professori italiani e stranieri di prima fascia esterni alla Direzione, come da elenco indicato sopra e sul sito Internet della Rivista.

Direzione e Comitato editoriale hanno sede in Bologna, Via Luca Ghini n. 1
E-mail: rivista@contrattoeimpresa.eu
Sito web: www.contrattoeimpresa.eu



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX